THÈSE DE
POITIERS.
1882
N°. 2.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DU CONTRAT LITTERIS

EN DROIT ROMAIN

ET

DE L'ACTE AUTHENTIQUE & DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT LE VENDREDI 22 DÉCEMBRE 1882

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

ANTONY DE PERTAT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE POITIERS.

POITIERS

IMPRIMERIE OUDIN

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1882

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547325_0016

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DU CONTRAT LITTERIS

EN DROIT ROMAIN

ET

DE L'ACTE AUTHENTIQUE & DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT LE VENDREDI 22 DÉCEMBRE 1882

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

ANTONY DE PERTAT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE POITIERS.

POITIERS

IMPRIMERIE OUDIN

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1882

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THÉZARD (A ✠), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✲ I ✠), *Doyen honoraire, professeur de Droit administratif et d'Économie politique, correspondant de l'Institut.*

MARTIAL PERVINQUIÈRE (✲ I ✠), *professeur honoraire et Doyen honoraire.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ✠), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (A ✠), *professeur de Code civil.*

NORMAND (A ✠), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU-DUBEUGNON, *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS, *professeur de Droit commercial.*

BONNET, *professeur de Droit romain.*

PETIT, *professeur de Droit romain.*

BARRILLEAU, *agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.*

ARTUR, *agrégé, chargé du Cours de Droit international privé.*

M. COULON (A ✠), *secrétaire-agent-comptable.*

COMMISSION :

PRÉSIDENT : M. NORMAND, PROFESSEUR.

SUFFRAGANTS : M. A. DE LA MÉNARDIÈRE. — M. LE COURTOIS. — M. BONNET. — M. PETIT.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

IDÉE GÉNÉRALE DE LA THÉORIE DES CONTRATS EN DROIT ROMAIN. PLACE DU CONTRAT *LITTERIS* DANS CETTE THÉORIE

C'est une idée fondamentale en droit romain que les conventions sont impuissantes à elles seules pour engendrer des obligations.

Accoutumés à vivre sous une législation qui a posé le principe contraire en règle générale, nous avons quelque peine à comprendre qu'une convention ayant un objet licite, et intervenant entre parties consentantes et capables, ne puisse produire entre ces parties aucun effet civil. A Rome, cependant, il en était ainsi. La convention avait beau réunir, du reste, toutes les conditions de validité, si elle restait seule, elle ne donnait pas naissance au lien de droit et laissait le créancier désarmé devant la mauvaise foi du débiteur.

Que fallait-il donc à une convention pour créer ce *vinculum*

juris, qui, partant du créancier pour aboutir au débiteur, allait constituer ce dernier dans un état d'étroite dépendance?

Il fallait que le droit civil eût reconnu cette convention, qu'il l'eût distinguée et classée, que parmi les innombrables manières de s'engager, le législateur l'eût, pour ainsi dire, appelée par son nom pour la placer à part et assurer au besoin son exécution par la force publique.

Tant qu'une convention n'a pas reçu cette sanction civile, elle est sans force, c'est une *nuda pactio*, elle est comme nue et désarmée et ne produit aucune action : *ex pacto actio non nascitur.*

L'action, voilà en effet ce qui constitue sa puissance obligatoire ; voilà l'effet, si intimement attaché à sa cause désormais, qu'on pourra presque prendre pour synonymes les deux termes d'obligation et d'action.

Dès qu'elle est munie d'une action, la convention se distingue donc de tous les autres pactes et prend le nom spécial de *contrat.*

En un mot, le simple consentement des parties n'a pas la puissance d'obliger, voilà la règle générale ; les contrats n'en sont, pour ainsi dire, que les exceptions.

Il est impossible de donner des contrats une définition générale bien précise. Car, si, dans tous les contrats, nous trouvons des éléments communs, il y en a d'autres qui, essentiellement propres à chacun d'eux, ne peuvent s'indiquer qu'au fur et à mesure de leur énumération.

Cependant, s'il est impossible de définir les contrats en eux-mêmes et abstraction faite de leur nature particulière, on peut reconnaître et isoler certains caractères qui leur sont communs et nécessaires.

Ainsi tout contrat suppose, comme fondement et comme raison d'être, une convention. Cela est si vrai que, nous l'avons dit, un contrat n'est, après tout, qu'une convention, munie d'une force particulière. Pour lui attribuer cette force, il a fallu que le législateur la distinguât des autres et, par conséquent, la nommât. Enfin, le moyen qui pratiquement résume cette force et la réalise, c'est l'action.

Une convention tendant à une obligation — ayant un nom — munie d'une action — voilà donc des éléments communs à tous

les contrats. N'y en a-t-il pas d'autres ? Ici nous touchons à une question qui a soulevé de vives controverses : l'existence de ce qu'on a appelé la *causa civilis*.

Qu'est-ce donc que la *causa civilis*, et doit-on la regarder comme un élément nécessaire de tout contrat ?

Si l'on s'en rapporte tout d'abord aux textes, on est forcé de convenir qu'ils fournissent peu d'éclaircissements à cet égard.

L'expression « *causa civilis* » ne se rencontre qu'une fois, au *Digeste*, dans un fragment de Pomponius [1], et encore est-il permis de penser qu'elle y présente un sens différent de celui que les commentateurs ont voulu y attacher. Dans quelques autres textes [2], le mot « *causa* » se rencontre seul et ne fournit pas d'indications beaucoup plus précises.

On conçoit aisément que, dans de pareilles conditions, les auteurs soient loin d'être unanimes.

Pour la majorité des partisans de la *causa civilis*, celle-ci consiste, pour les contrats *re*, dans la prestation de la chose, la remise de cette chose au débiteur ; c'est en vertu de cette remise qu'il sera tenu ; c'est elle, dit-on, qui sera la cause de l'obligation qu'il contracte. Dans la stipulation les paroles consacrées, et dans le contrat *litteris* l'écriture obligatoire, apparaissent encore plus clairement peut-être comme l'élément évident de la *causa civilis*, comme le signe extérieur ajouté à la convention par la loi pour en faire un contrat.

C'est sur les contrats consensuels que commence, avec la difficulté, la divergence des systèmes.

Dans ces contrats, en effet, point de signe extérieur et matériel qui vienne rendre sensible la consécration législative de la convention, et comme lui donner un corps. Où trouver donc cet élément qui, pour constituer une véritable *causa civilis* au sens des interprètes, doit être propre aux seuls contrats, mais commun à eux tous ?

M. Maynz pense que le caractère distinctif des contrats est la réciprocité. Cette idée est parfaitement indiquée par l'étymo-

1. L. 49, p. 2. D. *de peculio*, 15, 1.
2. L. 7. p. 2 et 4. D. *de pactis*, 2, 14. — L. 15, D. *de præscriptis verbis*, 19, 5.

logie du mot *contractus* et se trouve confirmée par le terme grec συναλλαγμα, que les jurisconsultes lui donnent pour synonyme : « *Esse enim contractum quod Aristo* συναλλαγμα *dicit* ».

« Les Romains, dit M. Maynz, peuple positif et avare, ne « comprenaient point que quelqu'un pût vouloir aliéner quelque « chose ou s'engager sérieusement, à moins d'avoir déjà reçu lui- « même une autre prestation, ou d'avoir la certitude d'en rece- « voir une en échange [1]. »

Donc, si le contractant s'engage, c'est à cause de la prestation que lui fournit l'autre partie : voilà pour lui la *cause* de l'obligation dont il va se charger. Mais cette prestation de l'autre partie peut précéder la convention ou la suivre. Si elle la précède, si celui qui s'oblige a déjà reçu une chose en échange de laquelle il va contracter son obligation, on dit que le contrat se forme *re*, c'est-à-dire que ce qui constitue la cause de l'obligation contractée, c'est précisément cette remise de la chose faite au débiteur. Si elle suit, si chacun des contractants ne s'oblige qu'en échange d'une obligation contractée par l'autre envers lui, comme il n'y a pas alors de remise immédiate d'une chose, on dit que le contrat se forme *solo consensu*. Au fond, c'est toujours le même élément qu'on retrouve : dans un cas, c'est la prestation qu'on a faite ; dans l'autre, c'est celle qu'on fera qui constitue, suivant M. Maynz, la *causa civilis*. Mais alors, on peut se demander où cet auteur place la *causa civilis*, dans les deux contrats *verbis* et *litteris*, qui sont unilatéraux de leur nature.

Laissant le fond pour s'arrêter simplement à la surface, M. Vernet a cru découvrir cette *causa civilis* dans le nom même de chaque contrat.

Qu'est-ce, en effet, que la *causa civilis*, sinon une consécration spéciale du droit, donnant à la convention une force obligatoire? Or, pourquoi les contrats produisent-ils des actions, à la différence des simples pactes ? Parce que le législateur les a nommés et, par conséquent, distingués. D'où M. Vernet crut pouvoir logiquement conclure à l'identité du *nomen contractus* et de la *causa civilis*.

Cette assimilation n'était pas sans présenter au premier abord

1. Maynz, t, II, p. 192.

une certaine bizarrerie. De plus, à l'examiner de plus près, elle enlevait tout intérêt et tout caractère scientifique à la théorie de la *causa civilis*, en la réduisant à la simple constatation d'un fait. Elle revenait à dire, non pas : il y a contrat parce qu'il y a *causa civilis*, mais bien : il y a *causa civilis* et contrat, parce que la loi l'a ainsi voulu [1].

M. Accarias avait donc raison d'accuser les partisans de la *causa civilis* d'aboutir à une naïveté, et nous sommes complètement d'accord avec lui quand il proclame cette théorie fausse, au moins comme théorie générale [2]. Il nous semble évident que les Romains ne l'ont jamais conçue telle que les interprètes ont voulu la faire. On comprend que l'expression de *causa civilis* puisse servir à désigner dans les contrats ce qui est un élément de pure création légale ; elle trouverait alors son application naturelle dans les formalités de la stipulation et du contrat *litteris*. Mais l'étendre au delà pour l'appliquer aux contrats consensuels ou même réels, c'est s'exposer à lui enlever toute exactitude. En effet, dans les contrats *re*, la tradition, comme dans les contrats consensuels le consentement des parties ou le caractère synallagmatique, ne résultent pas d'une prescription de la loi, mais de la nature même des choses. Ce serait seulement pour distinguer ces éléments naturels de ceux créés de toutes pièces par la loi dans les contrats verbaux et littéraux, qu'on pourrait assez justement employer le terme de *causa civilis*.

Cette théorie, faite après coup, sur un seul mot, presque sans textes, et n'aboutissant guère qu'à la confusion, sans présenter aucun avantage pratique, mérite donc assez justement l'abandon dont elle paraît aujourd'hui l'objet.

Nous avons dit plus haut que l'on ne pouvait connaître exacte-

1. Pour les contrats consensuels, cependant, l'opinion de M. Vernet se rapproche davantage de la nôtre, en ce sens que si, dans chaque contrat, la *causa civilis* doit désigner l'élément créé par la loi, il est difficile de le découvrir dans les contrats formés *solo consensu*, en dehors de la nature même de la convention, prise en considération par le droit civil pour faire naître l'action, dans ce cas spécial, de la seule volonté des parties (Cf. Thézard, *Rép. sur le Droit romain*, p. 323).

2. Accarias, t. II, p. 195, note 2.

ment les contrats qu'en les énumérant. En voici la liste, d'après les Institutes :

Les contrats se divisent d'abord en quatre classes, suivant qu'ils se forment *re*, *verbis*, *litteris* ou *consensu*.

Ce qui forme le fond des contrats *re*, c'est la tradition, la remise effective d'une chose, sans laquelle l'autre partie ne serait pas tenue ; ce sont le *mutuum*, le *commodat*, le *dépôt* et le *gage*.

Le contrat *verbis* est celui qui suppose la prononciation de paroles solennelles. La *stipulation* en est le type : elle comporte une interrogation et une réponse concordantes entre elles, dont les formules ne sont point abandonnées complètement à l'inspiration des parties, mais réglées dans une certaine mesure par la loi. La stipulation, est un contrat si large, si varié dans son emploi, qu'il peut s'appliquer à toute espèce d'opérations, et qu'on pourrait même s'obliger par stipulation, dans les cas où un autre contrat est possible.

Le contrat *litteris* est analogue à la stipulation. Au lieu de formules parlées, ce sont des formules écrites, également déterminées par la loi, qu'on emploie et qui servent de cause à l'obligation.

Enfin les contrats consensuels sont ceux où le consentement des parties est seul exigé, sans aucune forme solennelle, pour donner naissance à une obligation : ce sont la *vente*, le *louage*, le *mandat* et la *société*.

Plus tard, on agrandit le cercle des conventions donnant naissance à une action et devenant ainsi de véritables contrats. Ce furent d'abord les pactes ajoutés à un contrat de bonne foi, qui furent considérés, sous le nom de *pacta adjecta*, comme faisant partie du contrat lui-même. Puis vinrent les *pacta prætoria* (*constitutum*, *pactum hypothecæ*, *receptum arbitrii*), conventions munies d'actions par le préteur et les *parta legitima*, *pactum dotale*, *donatio*), à qui l'action fut ajoutée par les constitutions impériales ; enfin les contrats innommés.

Mais à l'époque classique, au temps de Gaius, les contrats

étaient tous compris dans les quatre classes plus haut énumérées : on ne connaissait que les contrats *re, verbis, litteris* et *consensu.*

Il est difficile de déterminer dans quel ordre chronologique ces différents contrats ont pris naissance. Les textes ne nous fournissent aucune autre énumération et, aussi loin qu'on puisse remonter, ces quatre classes de contrats paraissent avoir existé ensemble.

Cependant on ne peut guère admettre cette coexistence dès l'origine, et la certitude morale d'une succession chronologique a laissé le champ libre à toutes les hypothèses.

M. Ortolan [1] a présenté sur ce point un ingénieux système, faisant dériver du *nexum* les trois premières classes des contrats. A l'origine, le *nexum* nous apparait, avec toute la rudesse primitive du droit civil des Romains. Entre citoyens, impossible de s'obliger valablement, si le consentement mutuel des parties n'a pas revêtu ce vêtement grossier et matériel. La vente *per æs et libram* et la *nuncupatio* ou paroles solennelles, voilà ce qui fera la loi des contractants : « *Cum nexum faciet... uti lingua nuncupassit, ita jus esto* ».

Donc, à l'origine, le *nexum* existe seul et sert de moule unique à toutes les obligations civiles. Mais ses formalités rigoureuses et gênantes tombent peu à peu en désuétude, et de sa décomposition, pour ainsi dire, nous allons voir sortir différentes classes de contrats.

Remarquons d'abord que la remise de la chose, réduite à ce seul élément et séparée des autres formalités, continue à engendrer des obligations : ce sont les contrats réels.

Mais la *nuncupatio*, détachée de la solennité primitive, devient elle-même un contrat. On tient la vente symbolique *per æs et libram* pour accomplie, et l'on se contente de prononcer les paroles solennelles : voici la stipulation.

Puis la civilisation romaine répand l'usage de l'écriture, les livres domestiques entrent dans le droit civil, on écrit la formule qui jusqu'alors était verbale : voila le contrat *litteris.*

1. V. Ortolan, t. III, n° 1191 et suiv.

Plus tard, le droit civil donne accès au droit des gens, il confirme quatre conventions, d'un usage fréquent et commode : ce sont les contrats consensuels, qui arrivent ainsi les derniers.

M. Accarias [1], sans prétendre du reste que la classification des Institutes soit née complète le même jour, rejette absolument le système de M. Ortolan, pour cette raison assez plausible, que si le *nexum*, formalité encombrante et difficile, eût été exigé pour la formation de toutes les obligations, l'existence même de la société fût devenue presque impossible.

Peut-être pourrait-on concilier ces deux opinions, en supposant la coexistence à l'origine du *nexum* et des contrats consensuels, ces derniers exigés par les nécessités multiples et quotidiennes de la vie. Puis du *nexum* seraient sortis, par voie de simplification le contrat *verbis* et le contrat *re*, et, par voie d'adjonction, le contrat *litteris*.

Un argument puissant milite en faveur de ce système. C'est un point certain que la mancipation était, à l'origine, le mode unique de translation volontaire de la propriété. Or la mancipation ne s'appliquait qu'aux choses *mancipii*, c'est-à-dire à celles ayant, aux yeux des Romains, quelque valeur. Comment faisaient-ils pour les autres choses, pour les denrées par exemple? La loi ne s'en occupait pas, laissait faire à la volonté des parties et cette volonté suffisait pour justifier la tradition. Ainsi dût-il en être de la théorie des contrats : la loi, avec son caractère rigoureux, ne s'occupe que de ceux ayant quelque importance; pour les autres, elle les dédaigne : le consentement seul les régit.

Le contrat *litteris* serait donc apparu le dernier, hypothèse vraisemblable, quand on songe qu'il suppose nécessairement un usage répandu de l'écriture, et que ses fonctions principales embrassent tout un ordre d'opérations qui indiquent une civilisation et un commerce déjà développés.

Laissant de côté tous les autres, c'est à ce dernier contrat que nous allons nous attacher.

En abordant cette étude, il importe de constater que le plan nous en est, pour ainsi dire, imposé. Sans doute, nous trouvons

1. Accarias, t. II, n° 494, note 1.

le nom du contrat *litteris* dans les Institutes comme dans les commentaires de Gaius. Mais ce serait commettre une grave erreur que de conclure de là à une similitude parfaite entre les législations des deux époques. L'institution première subit, nous le verrons, des transformations profondes, si bien qu'on peut dire qu'à la fin, il n'en reste plus guère que le nom. De plus, les textes de Gaius et ceux des Institutes nous fournissent, pour chaque époque, l'exposé le plus complet que nous possédions sur la matière. Deux parties nous sont donc indiquées et en quelque sorte imposées : 1° Le contrat *litteris* d'après Gaius ; — 2° Le contrat *litteris* d'après le droit de Justinien.

CHAPITRE I.

DU CONTRAT *litteris* DANS LE DROIT DE GAIUS.

A. — *Forme du contrat* litteris.

Que l'écriture soit par elle-même un moyen de preuve d'une grande sûreté et d'une grande perfection, cela se comprend aisément. Que les parties contractantes aient donc recherché de préférence ce moyen de constater leurs conventions, cela paraît encore très logique. Mais qu'on en soit venu à considérer l'écriture, non plus comme une preuve excellente des contrats, mais bien comme un contrat véritable, tirant toute sa force obligatoire, non pas de l'accord constaté des volontés, mais de la formule même, rédigée par la main d'un simple particulier, c'est ce qu'on a plus de peine à concevoir. Cela suppose au moins de la part du législateur une confiance bien grande dans la sincérité et la régularité de pareilles inscriptions.

L'explication de ce fait, plutôt historique que théorique, nous est fournie par le caractère et les mœurs des Romains au moment où ce contrat prit naissance.

Nous n'attachons, pour notre part, qu'une importance médiocre aux hypothèses de la formation du peuple romain par des races diverses, dont chacune y aurait marqué son empreinte spéciale ; à côté d'aperçus profonds et de données vraiment scientifiques, on n'y rencontre le plus souvent que des conjectures habilement présentées. Quoi qu'il en soit, et que cette qualité fût une tradition indigène ou un apport étranger, le fond du caractère romain fut longtemps l'ordre, l'économie, l'épargne laborieuse, le compte et le ménagement parcimonieux du patrimoine, souvent poussé jusqu'à l'avarice.

« Le père de famille, dit Caton [1], doit faire argent de tout et ne « rien perdre. S'il donne des saies neuves aux esclaves, qu'ils « lui rendent les vieilles, elles feront des morceaux. Qu'il vende « l'huile, si elle vaut quelque chose, et ce qui reste de vin et de « blé. Qu'il vende les vieux bœufs, les veaux, les agneaux, la « laine, les peaux, les vieilles voitures, la vieille ferraille, les vieux « esclaves et les esclaves malades. Qu'il vende toujours : le père « de famille doit être vendeur, non acheteur. »

Ainsi point d'économie qui soit mesquine, point de profit qui soit négligeable et, poussant l'ordre jusqu'à la barbarie, le père de famille, s'il veut, au gré du sage Caton, se montrer bon administrateur, devra se débarrasser de ses vieux esclaves, au même titre que des instruments usés, qui prennent une place inutile.

A un tel peuple il ne faut point parler de générosité, de services gratuits et désintéressés : « La terre, disent-ils, ne nous fait point de cadeaux [2] ». Et cependant comme ils la soignent, comme ils la cultivent, comme ils s'y attachent !

« Autrefois, dit Caton, on vivait sur ses terres, dans les tribus « rustiques, de toutes les plus honorables, et on ne venait à Rome « que les jours de marché ou de comices. A la villa, pas un jour, « pas un instant de perdu. Si le temps empêche d'aller aux « champs, qu'on travaille à la ferme, qu'on nettoie les étables « et les cours, qu'on raccomode les vieux cordages et les vieux « habits ; même les jours de fête, on peut couper les ronces, tailler

1. *De Re rustica.*
2. Cic. *de Off.*, II, 15.

« les haies, baigner les troupeaux et aller vendre à la ville l'huile « et les fruits [1] ».

Si, malgré tant de soins, la terre ne fait pas de cadeaux, un bon Romain doit l'imiter, exiger pour le moins autant qu'il donne et surtout ne rien livrer au gaspillage et au désordre, tout compter, tout régler dans son patrimoine ; en un mot, mener cette vie sérieuse et raisonnée, où rien n'est abandonné au caprice, et qui, longtemps pratiquée, n'a pas peu contribué à faire de la nation romaine la maîtresse du monde.

Sans doute, le caractère primitif s'altère et la qualité dégénère chez quelques-uns en excès. Ainsi la dureté des créanciers devient si grande, qu'il faut une révolte populaire et la fameuse retraite sur le Mont-Aventin pour y apporter de force quelques adoucissements. Les anciens Romains étaient économes ; leurs descendants sont usuriers. L'usure devient même plus redoutable que le vol et on la punit de peines deux fois plus fortes [2] ; ce qui n'empêche pas Brutus de prêter de son temps à 48 0[0 et Pompée à 50 0[0, au dire de Cicéron [3].

Mais reportons-nous plus haut, à deux ou trois siècles avant l'ère chrétienne, au moment où la vertu romaine a conservé son lustre et où le type décrit par Caton est, pour l'ensemble de la nation, une vivante réalité.

A coup sûr, dès qu'un tel père de famille saura écrire, il emploiera l'écriture à tenir ses comptes, car c'est le moyen de les faire plus réguliers, et ces écritures seront rédigées avec le soin le plus minutieux, puisque sans cela elles seraient superflues. Au reste, l'opinion publique, si rigide alors, se charge de faire justice de celles qui seraient mensongères, car, concernant la gestion tout entière du patrimoine, ces notes intéressent un grand nombre de tiers, contre lesquels il faut les consulter ou les produire. Elles sont donc forcément connues, discutées et, en outre de sa conscience, le père de famille a pour juge le public. L'intérêt s'unit dès lors au devoir et, sous cette double impulsion, étant

1. Caton, *de Re rustica*.
2. Caton, *de Re rustica*, préface. V. aussi Duruy, *Hist. Rom*, t. I, p. 146.
3. Cic. *ad Attic.*, V. 21, VII.

donné les mœurs du temps, on conçoit très bien que l'instrument ait pu atteindre une perfection presque absolue.

En même temps que l'écriture, l'usage des *tabulæ* ou *codices* se répand partout. Chaque citoyen tient à honneur d'avoir le sien, et bientôt il n'est pas plus permis à un père de famille d'en manquer, que de négliger ses devoirs civiques ou le culte de ses ancêtres. Dès lors, la coutume prend les proportions d'une véritable institution nationale, et le droit civil peut en toute sûreté y puiser l'élément matériel d'un contrat nouveau.

Même au déclin de la République, à une époque où la décadence a commencé pour l'institution aussi bien que pour les mœurs, on voit de quel crédit jouissaient encore les registres domestiques et l'intérêt considérable qui y était attaché. Les plaidoyers de Cicéron abondent en indications de ce genre. C'est chose inouïe, et c'est chose ridicule en même temps que de prétendre n'avoir pas tenu de registre, ou avoir cessé de le tenir : « *Nam in isto, judices, hoc novum reperietis. Audimus, aliquem* « *tabulas nunquam confecisse. Audimus, alium non ab initio fecisse,* « *sed ex tempore aliquo confecisse. Hoc vero novum et ridiculum* « *est, quod hic nobis respondit, quum ab eo tabulas postularemus :* « *usque ad M. Terentium et C. Cassium consules confecisse, postea* « *distitisse* [1] ».

Inscrire une fausse créance, ou omettre une créance véritable, sont deux actes d'improbité également honteux : « *Nam quemadmodum turpe est scribere quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas* [2] ». Il est honorable de bien tenir ses registres, et l'orateur se hâte d'affirmer, en faveur d'un de ses clients, qu'il a bien rempli ce devoir : « *Confecit tabulas diligentissime Cluentius* [3] ».— « *Quid est, quod diligenter conficiamus tabulas ?* » dit-il ailleurs [4]. — Pourquoi rédigeons-nous avec soin nos tablettes? — indiquant par là que cette rédaction fidèle est encore un usage général. Quant au crédit de ces *tabulæ* en justice, il est toujours considérable, et Cicéron n'hésite pas à en faire

1. Cic. *in Verrem*, act. 2, lib. 1, p. 23.
2. Cic. *pro Roscio*, oratio 3, p. 1.
3. Cic. *pro Cluentio*, p. 30.
4. Cic. *pro Roscio, oratio* 3, p. 2.

pour Verrès un moyen décisif : « *Unum ostende in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse : vicisti !* [1] »

Affirmées de son temps par Cicéron, cette exactitude, cette autorité devaient être bien plus réelles encore à l'époque de Caton, ou aux époques antérieures, s'il faut chercher plus haut la date, demeurée incertaine, de la naissance du contrat *litteris*.

Le *codex*, ou registre domestique, voilà la base solide sur laquelle on a pu l'asseoir, et voilà aussi l'instrument destiné à le produire.

Reste à déterminer sous quelle forme il devait y figurer. Mais, auparavant, il est utile de jeter un coup d'œil sur la nature et la forme des *codices* eux-mêmes.

Sans prétendre à une assimilation complète, on peut assez exactement comparer le *codex* des anciens Romains à notre moderne livre de caisse. Comme ce dernier, Pline nous le montre divisé en deux colonnes, celle de l'*acceptum* et celle de l'*expensum*, correspondant au *doit* et à l'*avoir*. « *Huic omnia expensa*, dit-il, en parlant de la Fortune, » *huic omnia feruntur accepta ; et in tota* « *ratione mortalium, sola utramque paginam facit.* [2] » Sur ces colonnes, le père de famille consignait exactement, jour par jour, ses opérations, ses revenus et ses bénéfices, ses dépenses et ses pertes de toute nature.

Les *codices* étaient, avons-nous dit, tenus avec un soin extrême, et l'honneur même de la famille était attaché à leur régularité. Mais comme il aurait été difficile d'atteindre du premier coup à cette régularité parfaite en inscrivant les opérations au fur et à mesure qu'elles se produisaient, on les mentionnait d'abord sur d'autres registres, les *adversaria*. Cicéron nomme ces derniers à plusieurs reprises dans son plaidoyer pour Roscius : « *Quid est* « *quod negligenter scribamus adversaria ?* — *Itaque adversaria in* « *judicium protulit nemo*, et plus loin : *Quod si eamdem vim...* « *habent adversaria quam tabulæ* ». — Ces *adversaria* étaient une sorte de brouillon, où le père de famille jetait ses notes. De là, les mentions destinées à figurer au *codex* y étaient reportées avec

1. Cic. *in Verrem*, art. 2, L. 1, p. 23,
2. Pline, *Hist. nat.*, liv. 2, ch. 7.

ordre et méthode ; ce report se faisait, dans la pratique, chaque mois. C'est ce que nous indique très clairement Cicéron : « *Cur « tamdiu jacet hoc nomen in adversariis ?* — demande-t-il à Fannius — Chœrea « *quomodo, quum omnes qui tabulas conficiant, menstruas « pene rationes in tabulas transferant, tu hoc nomen triennium « amplius in adversariis jacere pateris* [1] *?* »

Entre ces deux sortes de registres, on le comprend, on ne pouvait établir aucune comparaison au point de vue de l'autorité en justice. Les *adversaria* étaient sans crédit, et Cicéron, sans doute avec une légère exagération dans les termes, commandée par le désir de mettre en relief son principal argument, décrit éloquemment cette différence, lorsqu'il s'écrie : « *Quid est, quod negli- « genter scribamus adversaria ? Quid est, quod diligenter conficia- « mus tabulas? Qua de causa ? quia hæc sunt menstrua, illæ sunt « æternæ ; hæc delentur statim, illæ servantur sanctæ, hæc parvi tem- « poris memoriam, illæ perpetuæ existimationis fidem et religio- « nem amplectuntur ; hæc sunt dejectæ, illæ in ordinem confectæ. « Itaque adversaria in judicium protulit nemo : codicem protulit « tabulas recitavit* [2] ».

Sans aucun doute, l'inscription aux *adversaria* ne pouvait jamais donner naissance à l'obligation littérale. Peut-être, à une époque déjà corrompue, essaya-t-on de le soutenir. C'était la prétention de Fannius Chœrea contre le comédien Roscius ; mais ce n'était là qu'une chicane dont l'éloquence de Cicéron fit justice et que condamne le simple raisonnement. Comme l'a prouvé M. de Savigny, l'inscription devait être faite sur les *tabulæ* ou *codices*.

On s'est demandé, d'une manière générale, ce que les Romains inscrivaient sur leurs *codices*. Quelques auteurs ont pensé que ce registre ne portait que deux genres d'inscriptions, les *nomina transcriptitia*, qui constituaient, nous le verrons, l'obligation littérale, et les *nomina arcaria*, destinés à mentionner les prêts d'argent. Gaius, en effet, ne parle que de ces deux sortes d'opérations. Nous préférons l'opinion d'après laquelle les Romains y inscrivaient tout ce qui regardait la gestion du patrimoine.

1. Cic. *pro Roscio*, oratio 3, § 3.
2. Cic. *Ibid.*, § 2.

Cicéron nous confirme dans cette pensée lorsque, parlant de Cluentius : « *Confecit tabulas diligentissime Cluentius*, dit-il. *Hæc « autem res habet hoc certe, ut nihil possit neque additum, neque « detractum de re familiari latere* [1] ». *Res familiaris* nous semble indiquer clairement l'ensemble du patrimoine. De plus, comment, si les inscriptions doivent se borner à deux opérations d'argent bien déterminées, expliquer les reproches que Cicéron adresse à Verrès de n'avoir pas relaté sur ses livres les acquisitions, qu'il prétend avoir faites, des statues et des tableaux de la Sicile ?

L'utilité du registre était donc, dans ce cas, plus générale, et son emploi plus conforme, nous semble-t-il, à la nature même des choses. Peut-être faut-il aller plus loin encore et penser que les Romains y ajoutaient tous les actes importants de la vie qui ne sont pas, à proprement parler, des actes d'administration. Dans cette dernière hypothèse, les *codices* présenteraient une analogie frappante avec les « livres de raison » tenus par nos pères, et cette coutume, comme tant d'autres, n'aurait été que l'écho éloigné d'une tradition romaine.

Cela établi, demandons-nous maintenant en quoi ces *nomina transcriptitia*, que Gaius nous représente comme constituant l'obligation littérale elle-même, se distinguaient sur le registre des autres inscriptions, en un mot quelle était la formule consacrée du contrat *litteris*.

Cette formule ne nous est point parvenue sous sa forme originale et complète. Mais des indices nombreux, appuyés par le raisonnement, permettent de la reconstituer dans ses éléments avec une certitude presque entière.

Au temps de Gaius, son nom propre, nous venons de le dire, est : *nomen transcriptitium*. — « *Litteris obligatio fit veluti nominibus transcriptitiis*. »

Comme il était impossible au père de famille de porter une créance sur son registre, sans y mentionner le nom de son débiteur, inscrire le nom ou inscrire la créance devinrent, dans la pratique, deux locutions synonymes. D'où, appliquant le mot au droit d'o-

1. Cic. *pro Cluentio*, § 30.

bligation lui-même, on en vint à appeler *nomen*, d'abord toute créance portée au nom d'une personne sur le *codex* et, plus tard, toute créance, sans se préoccuper de la source : l'expression, abandonnant sa signification primitive, s'était généralisée.

Disons tout de suite que les *nomina* étaient de deux sortes, les *nomina transcriptitia* et les *nomina arcaria*, lesquels devaient présenter avec les premiers une certaine analogie, puisque Gaius prend soin de les distinguer : « *Alia causa est eorum nominum quæ arcaria vocantur* ».

Qu'était-ce qu'un *nomen arcarium?* Le nom seul suffit à nous le révéler. On peut le traduire exactement par créance de la caisse (*arca*). C'est de là, en effet, qu'est partie la somme et qu'est née l'obligation. *Expensum Titio decem.* — Prêté dix à Titius, — voilà la mention qui constatera ce qu'a perdu la caisse au profit de Titius et ce que Titius, par conséquent, doit rendre à la caisse. Mais si Titius est tenu, ce ne sera pas en vertu de cette inscription, et c'est pour éviter une pareille confusion que Gaius fait sa remarque, ce sera en vertu seulement du *mutuum*, que l'inscription a pour unique objet de constater : « *In his enim rerum non litterarum obligatio consistit* ». S'il y a contestation, ce ne sera donc pas l'existence de l'inscription, mais celle de la numération qu'il faudra prouver : « *Quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia* ».

De ce principe fondamental vont découler toutes les conséquences. Les *nomina arcaria* ne donnant naissance, par eux-mêmes, à aucune obligation, ils ne font que prouver l'obligation née de la numération des espèces : « *Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere* [1] ».

Mais cette obligation rentre dans le domaine du droit des gens, donc les étrangers peuvent figurer dans les *nomina arcaria :* « *Unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur : quod genus obligationis juris gentium est* [2] ».

1. Gaius *Com.* 3, § 131.
2. Id., *ibid.*, § 132.

Tels étaient les *nomina arcaria*. Qu'étaient les *nomina transcriptitia?*

Leur nom seul éveille l'idée d'une rédaction en partie double, d'un report de l'inscription d'un endroit à un autre, d'une colonne à l'autre. Préoccupé des effets, non de la forme, Gaius garde le silence à ce sujet ; mais il explique aussitôt que la *transcriptio* se fait de deux manières, et il en donne des exemples : « *Fit autem nomen transcriptitium duplici modo : vel a re in personam, vel a persona in personam* [1] ».

1° *A re in personam*, lorsque, ce que Titius me doit à titre de vente, de louage ou de société, je le porte à son nom comme prêté, *expensum ;*

2° *A persona in personam*, lorsque, ce que Titius me doit, je le porte comme prêté au nom de son débiteur qu'il m'a délégué.

Dans les deux cas, nous voyons donc le créancier écrire un *expensum*, et c'est la seule inscription dont parle Gaius. Mais aussitôt une difficulté se présente : comment distinguer sur le registre ce prêt fictif, des *arcaria nomina*, prêts réellement effectués et également constatés par un *expensum ?*

L'objection est sérieuse et en voici la solution : c'est que le contrat *litteris* exigeait pour sa formation autre chose qu'un *expensum ;* il exigeait une double formule : un *expensum* sans doute, mais aussi, et au préalable, un *acceptum* correspondant.

Cela résulte d'abord de l'importance qu'il y a, d'après Gaius, à distinguer les *nomina arcaria* des *nomina transcriptitia*, ce qui serait impossible sans cette double inscription. Mais si l'on examine de plus près, et qu'on cherche dans la nature même du contrat les éléments nécessaires de la forme qu'il doit revêtir, l'existence de cette double inscription paraît encore plus clairement démontrée. En effet, toujours d'après Gaius et les exemples qu'il nous donne, quelle est l'effet de la *transcriptio ?* Créer une dette nouvelle et aussi éteindre une dette ancienne : ce que vous me deviez pour cause d'achat, vous me le devez pour cause de prêt. L'opération est donc double, pour ainsi dire : il n'y a pas seulement prêt fictif, il y a aussi paiement fictif.

1. Gaius, *Com.* III, § 128.

Et cela de toute nécessité, en vertu de la nature même des choses ; car pour verser entre vos mains à titre de prêt ce que vous me deviez à titre de vente, il faudrait, si l'on décompose l'opération, que j'eusse d'abord touché cette somme, par conséquent que vous me l'eussiez payée. C'est là, certes, un élément essentiel du contrat ; or, quand on songe à l'exactitude et à la précision des formules romaines, il est impossible de croire qu'il pût être passé sous silence. Comment pouvait-il être exprimé ? Seulement par l'inscription d'un *acceptum*, fictif il est vrai, comme l'*expensum* qui allait le suivre.

Ainsi la balance des comptes restait juste, ainsi les deux sortes de *nomina* se distinguaient au premier coup d'œil ; ainsi s'appliquent, avec une parfaite lucidité, les termes de Cicéron reprochant à Fannius Chœrea d'avoir oublié trois ans sur ses *adversaria* la créance en litige : « *Tamen in codicem acceptum et expensum referre debuit* ». Ce passage, absolument inexplicable en dehors de cette hypothèse, nous paraît même apporter à la démonstration une preuve décisive. De même pour le mot de *transcriptio*. Nous avons dit qu'il évoquait par lui-même l'idée d'une rédaction en partie double, d'un report.

On a cherché à justifier cette idée de diverses manières, qui nous paraissent peu admissibles.

Selon les uns, la *transcriptio* consisterait dans le report de l'inscription, du brouillon, *adversaria*, sur le grand-livre, *codex*. Mais il faudrait prouver auparavant que l'emploi des *adversaria* était, dans ce cas, obligatoire. Ce qui est démenti par le simple raisonnement. Les *adversaria* n'étaient qu'une aide, un moyen pratique de régularité, dont le père de famille pouvait parfaitement se passer.

M. Ortolan [1], repoussant comme nous cette explication, croit découvrir la véritable dans la novation qui, suivant lui, serait toujours opérée par le contrat *litteris*, au point que *transcriptio* et *novatio* seraient à peu près synonymes : la *transcriptio* serait la novation par écrit. Mais cette opinion, nous le verrons, est loin d'être incontestée. La seule raison qui soit simple et en même

1. Ort., t. III, n° 1427.

temps très suffisante, consiste précisément dans la double mention portée au *codex*, dans cette opération qui consiste à faire passer dans la colonne de l'*expensum* la somme déjà portée à celle de l'*acceptum*.

C'est donc à tort que beaucoup d'interprètes désignent le contrat *litteris* sous le nom d'*expensilation*. Ce n'était là, en réalité, qu'une partie de l'opération, à laquelle devait correspondre une acceptilation concordante.

Donc, sur le registre du créancier, double inscription de la somme, d'abord comme payée, *acceptum*, ensuite comme prêtée, *expensum ;* telle est la formule qui donnera naissance à l'obligation littérale, et M. Accarias a pu la définir exactement : « Un « prêt d'argent fictif, dont les deniers sont censés fournis au créan- « cier par une autre numération d'argent également fictive [1]. »

Voilà, nettement déterminé, le rôle du créancier. Le débiteur, à son tour, ne va-t-il pas jouer le sien ? Ne va-t-on pas exiger de lui une inscription correspondante ?

Disons tout de suite que, si son registre est tenu avec soin, l'opération y figurera, sans nul doute, dans l'ordre inverse, portant à l'*expensum* ce qui figure à l'*acceptum* chez le créancier (paiement fictif), et à l'*acceptum* ce qui figure à l'*expensum* (emprunt fictif). Mais cette mention, intéressante pour la comptabilité du père de famille, est-elle nécessaire à la validité du contrat ? Malgré l'attrait d'une certaine symétrie dans la forme et l'argument d'analogie qu'on pourrait tirer d'une comparaison avec le rôle des parties dans la stipulation, il faut, sans hésiter, répondre par la négative. Les textes, d'abord, ne nous parlent jamais que du créancier, et nous le montrent toujours agissant seul : *nomina facit*. Puis nous avons une preuve absolument complète dans la plaidoirie tout entière de Cicéron pour Roscius. Fannius Chœrea réclamait à Roscius une somme, en vertu d'une prétendue obligation littérale. Il s'appuyait sur un *nomen transcriptitium*, écrit seulement sur ses *adversaria*. Quant à Roscius, il n'avait rien écrit, ni sur ses *adversaria*, ni sur ses *tabulæ*. Si l'inscription de la part du débiteur eût été obligatoire, Cicéron aurait trouvé là un argument qui le dispensait de tous les autres,

1. Accarias, t. II, n° 578.

puisqu'il prouvait que le contrat n'avait jamais pu exister. Mais il n'indique pas même ce moyen et plaide que le *nomen* de Fannius est nul, parce que, jeté sur un simple brouillon, il n'a pas été reporté par le créancier sur son *codex*.

Mais de ce qu'aucune inscription n'était exigée, à peine de nullité, du débiteur, il ne faudrait pas conclure qu'il en était de même de son consentement. En effet, sans consentement, pas de contrat possible ; or la *transcriptio* est un contrat. Ce sera donc au créancier, en produisant son registre, d'apporter en même temps la preuve qu'il a rédigé l'inscription d'accord avec le débiteur. Cette preuve peut être faite par tous les moyens ordinaires. Le plus simple et le meilleur consistait certainement dans l'inscription corrélative au registre de ce débiteur ; mais elle pouvait également résulter d'un écrit, comme une lettre, ou du témoignage de personnes présentes à l'acte. Il est probable qu'on prit l'habitude de faire intervenir ces témoins, et que ce sont eux qui sont désignés dans quelques textes sous le nom de *pararii*.

B. — *Effets du contrat* litteris.

Voici donc, reconstituée pièce à pièce sur des données presque certaines, la forme que devait revêtir ce contrat *litteris*, resté si longtemps obscur pour les commentateurs. Reste à examiner maintenant les effets d'un pareil contrat ; nous parlerons ensuite de son utilité pratique.

Quoi qu'il en soit de la communauté d'origine attribuée par M. Ortolan au contrat *litteris* et à la stipulation, il est certain qu'il existe entre ces deux contrats une frappante analogie. Mais cette analogie existe surtout à la surface et, si on serre de plus près le parallèle, on relève, en fin de compte, plus de différences que de ressemblances.

Notons tout d'abord les destinées si diverses de la stipulation et du contrat *litteris*. L'un est tombé bien vite, tandis que l'autre a prospéré, et il y avait plusieurs raisons pour qu'il en fût ainsi.

Au point de vue de la forme : dans le contrat *litteris*, le créancier inscrit seul et l'on ajoute foi à son écriture ; dans le contrat *verbis*, il faut que le débiteur présent réponde, ce qui constitue

assurément une garantie pour ce dernier. Les Romains, gens pratiques, devaient préférer la stipulation.

Au point de vue du fond : d'abord, la stipulation, comme le contrat *litteris*, ne pouvait avoir pour objet qu'une somme d'argent. Mais, plus tard, elle put donner naissance à des obligations ayant pour objet une chose corporelle quelconque, et on finit même par admettre qu'elle donnât naissance à une obligation de faire. C'était là un progrès immense, qui étendit dans des proportions considérables l'usage de la stipulation. Dès lors, toute convention put, par ce moyen, devenir obligatoire, et, à la solennité près, on peut dire que le droit romain se rapprochait sur ce point de l'art. 1134 du Code civil.

Le contrat *litteris*, comme la stipulation, est solennel ; ce qui forme le contrat, ce n'est ni l'accord des volontés, pris en lui-même, ni un fait préexistant, comme un *mutuum*, dont la formule ne ferait qu'établir la vérité : c'est cette formule elle-même, c'est l'écriture, comme ce sont les paroles dans la stipulation. Que la cause qui pousse les parties à contracter soit vraie ou fausse, juste ou injuste, le droit strict ne s'en occupe pas ; si l'écriture consacrée a eu lieu, si les paroles ont été prononcées, cela suffit, l'obligation civile existe, et le créancier a dès ce moment à son service une *condictio*.

Mais ici apparaît une première différence. Tandis que la stipulation engendre la *condictio* en général, qui peut être *certa* ou *incerta*, le contrat *litteris* ne donne jamais lieu qu'à une *condictio* spéciale, dite *condictio certæ pecuniæ* [1].

Cette différence découle elle-même d'une autre plus profonde encore et qui tient à l'objet des deux contrats. De tous les contrats, la stipulation est le plus large, elle peut s'étendre à tous les engagements possibles ; même dans les cas où l'emploi des autres

1. C'est une question de savoir si les *condictiones certi* en général n'ont point de *demonstratio*. Quant à la *condictio certæ pecuniæ*, elle en manque certainement. Cicéron, dans son plaidoyer pour Roscius, s'attache à démontrer que la dette de ce dernier n'existe pas ; car elle ne pouvait dériver que de trois causes: une numération, une stipulation ou une *transcriptio ;* or il prouve successivement qu'aucune de ces trois causes n'existe en réalité. Comme le fait très bien remarquer M. Accarias, si la formule délivrée contre Roscius avait eu une *demonstratio*, celle-ci aurait indiqué seulement une de ces trois causes, et c'est la seule que Cicéron aurait eu à combattre.

contrats est indiqué, on peut, si on le préfère, s'engager par stipulation. Sous ce rapport, la stipulation a pour bornes les bornes mêmes de l'activité humaine, si bien qu'on a pu dire qu'elle semblait, à Rome, la règle universelle, dont les autres contrats n'auraient été que les exceptions. — Le contrat *litteris*, au contraire, a un objet précis et unique : l'argent et l'argent considéré en tant que somme déterminée, la *certa pecunia*, seule matière à laquelle il puisse s'appliquer.

S'il est infiniment plus étroit sous ce rapport, en revanche, sa forme est plus large. Par la force même des choses, pour stipuler il faut être présent, il faut n'être pas muet, n'être pas sourd : car, puisque c'est la formule qui oblige, cette formule, il faut pouvoir la prononcer et l'entendre. Dans le contrat *litteris*, pas d'impossibilité de cette nature, on peut s'obliger à distance, et c'est ce que nous dit formellement Gaius : « *Sed absenti expensum ferri potest*, « *etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit* [1]. » Un sourd, un muet peuvent donc également s'obliger, et il n'est pas même nécessaire que les deux parties sachent écrire, puisque, nous l'avons vu, aucune écriture n'est exigée du débiteur. Que celui-ci donne son consentement, cela suffit ; le créancier ensuite peut prendre son temps et sa convenance pour créer l'obligation, en la reportant de ses *adversaria* sur ses *tabulæ*.

Les citoyens seuls tenaient ces *tabulæ* ou *codices* : pour s'obliger *litteris*, il fallait donc être citoyen romain. Cette règle, d'abord établie, avait bientôt fléchi pour la stipulation. La fréquence et l'utilité de ce contrat, la nécessité des relations avec une population étrangère qui s'accroissait sans cesse, avaient bientôt forcé d'en permettre l'usage à ces étrangers eux-mêmes. Pour le contrat *litteris*, la règle resta debout jusqu'à la fin. Gaius, cependant, mentionne une controverse entre les deux écoles : les Proculiens, adversaires déclarés du formalisme, admettaient les étrangers au contrat *litteris;* les Sabiniens les y admettaient dans le cas d'une *transcriptio a re in personam*, mais leur refusaient absolument la *transcriptio a persona in personam*. Pourquoi cette distinction ? Gaius ne prend pas parti, et il est difficile aujourd'hui de s'en

1. Gaius, *Com*. 3, § 138.

rendre compte. Au reste, peut-être cette controverse resta-t-elle plutôt dans les régions de la théorie, car aucun document n'est venu nous révéler le triomphe de l'un ou de l'autre système.

A la différence de la stipulation, le contrat *litteris* ne pouvait recevoir ni condition, ni cause future. Cela se comprend, si l'on réfléchit qu'il suppose un fait déjà arrivé, déjà placé dans le passé. Sorte de procès-verbal de ce fait, réputé accompli dès que la dernière lettre de l'écriture est achevée, le contrat ne peut recevoir de l'avenir aucune modification.

Reste la question de savoir si, comme la stipulation, le contrat *litteris* peut servir à opérer une novation. Nous ne le pensons pas.

Il faut avouer cependant que tel n'est pas l'avis de la grande majorité des interprètes. Se fondant sur l'analogie qui existe entre la nature de la stipulation et celle du contrat *litteris*, ils se sont demandé pourquoi la formule écrite n'aurait pas la puissance d'opérer, quant aux créances, les mêmes effets que la formule verbale. Est-ce que, dans les deux cas, on ne voit pas la convention antérieure s'effacer pour faire place à une autre? Partant de cette idée, ils en trouvent la confirmation dans les deux exemples de *transcriptiones* cités par Gaius : la *transcriptio a re in personam* n'est qu'une novation par changement de contrat ; la *transcriptio a persona in personam*, une novation par changement de personnes. Bien plus, si l'on peut stipuler sans nover, il est impossible de contracter *litteris* sans faire une novation, car toute *transcriptio* est une novation, et la *transcriptio* est l'élément constitutif et essentiel du contrat *litteris*. Ce contrat pourra donc s'appeler sans exagération la novation par écrit.

On le voit, non seulement ce système est différent du nôtre, mais il en est l'antithèse absolue. Cependant, si la novation touche au contrat *litteris* d'une manière si intime, on peut s'étonner de voir Gaius traiter ces deux actes comme absolument étrangers l'un à l'autre. Alors qu'on eût dû toucher du doigt à chaque instant leur liaison, pas la moindre réflexion qui vienne nous révéler entre eux un seul point de contact. Est-ce, de la part de Gaius, un simple oubli, ou bien n'y aurait-il pas à son si-

lence une cause véritable? Un examen plus complet de la nature des deux actes en question va nous éclairer à ce sujet.

La novation, à Rome, était loin de correspondre exactement à ce que nous appelons du même nom dans notre doit moderne. Chez nous, tout acte où l'on remplace une ancienne dette par une nouvelle constitue une novation. Ainsi il y a novation, si, vous ayant vendu ma maison tel prix, je conviens avec vous qu'au lieu de vous la vendre, je vais l'échanger contre la vôtre, ou vous la donner, et l'on peut multiplier ces cas à l'infini. Chez les Romains, les mêmes opérations étaient possibles, mais aucune d'elles n'a jamais été qualifiée de novation. Pourquoi cette différence? C'est qu'en l'examinant avec attention, on voit chacune de ces opérations se décomposer en deux faits juridiques parfaitement isolés, simples et conservant leurs règles propres. Reprenons l'exemple cité plus haut : en convenant d'échanger contre la vôtre la maison que je vous avais précédemment vendue, qu'avons-nous fait? Deux actes bien distincts. D'abord nous avons résilié une vente, puis nous sommes convenus d'un échange. Pour savoir si notre intention est réalisée et notre but atteint, il ne sera pas nécessaire de recourir à des règles spéciales ; il suffira de se reporter aux règles de la vente d'une part, et à celles de l'échange de l'autre. Il pourra même se faire que l'une des deux opérations soit valable et que l'autre ne le soit pas. Voulez-vous rendre cette vérité d'une évidence absolue? Supposez les deux actes accomplis à quelques jours de distance ; or leur réunion n'est qu'un fait qui doit rester sans influence sur le droit, surtout sur le droit romain, où l'individualité des contrats est si nettement tranchée. Il y a deux contrats juxtaposés, et cette juxtaposition, les Romains ne l'ont jamais qualifiée du nom de novation.

C'est qu'en effet la novation romaine est un acte simple et parfaitement circonscrit, qui tient tout entier dans cette formule : Stipuler ce qui est déjà dû [1]. La stipulation, voilà sa forme unique. Si nous analysons maintenant un tel acte, au

1. Gide, *Traité de la Novation*.

lieu du dualisme signalé plus haut, nous y reconnaîtrons la plus parfaite unité. Si, par exemple, j'ai stipulé de vous ce que vous me deviez déjà, il est impossible de dire que j'ai accompli là deux actes juridiques, consistant à vous libérer d'abord, et à vous obliger ensuite. Car cette volonté que j'ai pu avoir de vous libérer, elle est restée tout entière dans mon intention, en dehors, par conséquent, du droit civil et absolument inefficace par elle-même : elle n'a pu produire effet qu'à la condition d'entrer dans la stipulation. Mais la stipulation, c'est précisément l'acte qui, en même temps, vous oblige ; il reste donc indivisible, et au lieu de deux actes produisant chacun leur effet distinct et séparé, nous avons un acte unique produisant les deux effets en même temps. La novation nous est donc présentée comme un acte simple qu'on ne saurait couper en deux.

Quelles sont, en outre, les conditions indiquées par Gaius pour qu'il y ait novation? Il faut premièrement un élément nouveau ; secondement, que l'objet soit le même que dans la précédente obligation ; en d'autres termes, il faut que cette obligation soit modifiée, mais non anéantie. Enfin à ces trois conditions, d'après Ulpien, il faudrait en ajouter une quatrième : l'*animus novandi*.

Or, de ces conditions requises pour l'existence de la novation, aucune ne s'applique au contrat *litteris*.

D'abord nous avons vu que la formule de ce contrat est double, inscription d'un *acceptum* et inscription corrélative d'un *expensum*. Or le fond répond ici exactement à la forme, et il y a bien deux opérations distinctes. En effet, supposez-les réalisées matériellement, vous aurez d'abord un paiement éteignant l'obligation préexistante, ensuite un prêt, donnant naissance à l'obligation nouvelle. Sans doute ces deux *numerationes* sont fictives, mais la fiction n'a pas d'autre but que d'imiter la réalité et d'en produire tous les effets. Donc, au lieu d'un acte simple et un, nous constatons seulement cette juxtaposition de deux actes différents, à laquelle les jurisconsultes romains n'ont jamais donné le nom de *novation*.

De plus, la novation n'étant qu'une transformation de la

créance, si la forme change, le fond doit rester ; modifié ou non, on doit le retrouver dans l'obligation nouvelle. Or rien de tout cela n'est possible avec le contrat *litteris*. Par cela même qu'il s'analyse en deux opérations, chacune d'elles produit son effet complet et séparé. La mention d'un *acceptum*, avons-nous dit, suppose le paiement de la première dette : il n'en doit donc rien rester, pas plus que si elle avait été payée. Aucun de ses éléments ne peut donc passer dans l'obligation nouvelle ; ce n'est plus une transformation ou une modification, c'est l'anéantissement d'une créance et la création d'une autre, absolument, distincte à sa place.

Quant à l'*animus novandi*, en présence d'un contrat *litteris* il n'aurait plus aucune raison d'être, car l'effet du paiement ne dépend pas de la volonté du créancier. Dès que ce paiement, réel ou fictif, est accompli, la créance est détruite, c'est un fait qui s'impose, et c'est en vain que le créancier voudrait la conserver en tout ou en partie.

La conclusion de tout ce qui précède est donc que le contrat *litteris* peut bien remplacer une dette ancienne par une nouvelle, ce que nous appellerions chez nous une novation, mais qu'il ne saurait opérer la novation, au sens qu'y attachaient les jurisconsultes de Rome.

C. — *Utilité et application du contrat* litteris.

Ayant examiné le contrat *litteris* dans sa forme et dans ses effets, jetons un coup d'œil sur son utilité, et demandons-nous à quels besoins il pouvait répondre au milieu des relations sociales. Reprenons pour cela les deux hypothèses citées par Gaius et qui constituent les deux genres de *transcriptiones* auxquels l'emploi du contrat pouvait donner lieu.

Soit une *transcriptio a re in personam;* par exemple, étant votre créancier pour une certaine somme, en vertu d'un contrat préexistant, j'inscris cette somme sur mon registre comme vous l'ayant prêtée. Il y a là, nous l'avons vu, deux opérations distinctes : extinction au moyen d'un paiement de l'obligation anté-

rieure, et création au moyen d'un prêt de l'obligation nouvelle. Mais ce paiement, ne l'oublions pas, aussi bien que ce prêt, est fictif, et tout se réduit, en fait, à la rédaction de quelques écritures. Rien de plus facile, par conséquent, que d'exécuter cette opération, même à distance, alors qu'une stipulation serait impossible, et de se procurer par là l'avantage d'une action plus énergique et plus précise que celle qui pouvait résulter du contrat préexistant.

Du reste, ce contrat préexistant peut être un prêt réel ; le prêt fictif que suppose la *transcriptio* n'y fait point obstacle, et le prêteur peut y trouver l'avantage de n'avoir pas à prouver la propriété des deniers prêtés.

Bien plus, il n'est pas nécessaire qu'il y ait une obligation préexistante : la mention qui en est exigée n'est qu'une question de forme, et cette obligation peut fort bien n'être que fictive. Ce qui le prouve, c'est que le contrat *litteris* pouvait servir à opérer une donation. Dans ce cas, lorsque le donataire commençait par porter à son livre le montant de la donation, comme lui étant payé par le donateur, avant de le lui porter comme prêté, non seulement il inscrivait un paiement fictif, mais l'obligation elle-même, que ce paiement aurait eu pour objet d'éteindre, n'avait rien de réel. Or cette opération était certainement possible, et Valère-Maxime rapporte tout au long le cas de la courtisane Oracilia, qui s'était fait faire, sous cette forme, une donation par Visellius Varon, malade [1].

Mais la plus grande utilité du contrat *litteris* consistait peut-être surtout dans la *transcriptio a persona in personam*. Comme dans la *transcriptio a re in personam*, nous trouvons là une opération complexe : un ancien débiteur qui se libère et un nouveau débiteur qui s'oblige. Il y a là deux opérations bien distinctes et qui nous sont indiquées par les textes mêmes : un paiement fictif fait par le déléguant au délégataire, un prêt fictif fait par le délégataire au délégué. Mais comme il y a forcément trois personnes

1. C. Visellius Varo, gravi morbo correptus, trecenta millia nummum ab Oracilia Laterensi, cum qua commercium libidinis habuerat, *expensa sibi passus est*..... quos, ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. (Valère-Maxime, *De dictis factisque memorabilibus*, lib. 8, cap. 2.)

en cause, cette double opération produit un triple effet : « Il est « clair, dit M. Gide, que cette délégation a pour but et doit « avoir pour effet, non pas d'éteindre une dette, mais d'en éteindre deux : Titius ne vous délègue que pour se libérer ainsi « envers moi, et vous, vous ne vous laissez déléguer que pour « vous libérer ainsi envers lui. Il y aura donc, en somme, trois « effets produits : deux obligations éteintes, une obligation créée. « Il y aura, par conséquent, trois *dationes* fictives, deux à titre de « paiement, une à titre de prêt [1]. »

Maintenant, comme le fait observer le même auteur, ce cas n'est cité par Gaius que pour exemple, et on peut supposer des rapports différents entre les parties. Par exemple, Titius peut me déléguer son débiteur, sans l'être lui-même envers moi, et, dans ce cas, c'est un prêt qu'il me fait ; les trois *dationes* fictives existent toujours, mais deux sont à titre de prêt, et une seule à titre de paiement. Il peut même arriver qu'elles soient toutes les trois à titre de prêt, ce qui arrivera si Titius, sans être ni mon débiteur, ni votre créancier, vous donne l'ordre de vous obliger envers moi. Elles peuvent, par contre, être toutes les trois à titre de paiement, si nous sommes tous les trois débiteurs l'un de l'autre, et dans ce cas il y aura trois dettes éteintes. En résumé, puisque « l'opéra- « tion consiste toujours dans un cercle de *dationes* imaginaires, où « la même somme, passant de mains en mains, finit par revenir « à son point de départ, rien ne nous empêche d'élargir ce cercle « par la pensée et de multiplier indéfiniment le nombre des per- « sonnes qui sont censées se transmettre d'une main, à titre de « paiement ou de prêt, ce qu'elles reçoivent de l'autre. » (Gide, *loc. cit.*)

Or, pour opérer ces multiples effets, que faut-il ? Une simple inscription sur un registre, sans que la présence des parties soit le moins du monde nécessaire. On pouvait donc par ce moyen faire entrer les créances dans la circulation, ouvrir des crédits, solder les dettes les unes par les autres, sans déplacement de numéraire, en un mot réaliser la plupart de nos opérations de banque actuelles. Aussi voyons-nous les *argentarii* romains en faire le plus

1. Gide, *Traité de la Novation.*

grand usage et rester, selon toute probabilité, les derniers à se servir d'un contrat qui répondait si bien à la nature et aux besoins de leur profession.

D. — *Du caractère des* syngraphæ *et des* chirographa *au temps de Gaius.*

Telle était encore, au temps de Gaius, l'antique institution du contrat *litteris*, sa forme, ses effets et son utilité pratique.

Mais cette forme d'obligation, la seule du reste que nous connaissions d'une façon à peu près complète, est-elle toujours restée, à Rome, l'unique manière dont on put contracter *litteris ?*

La question se pose forcément, lorsque, après avoir lu les détails que donne Gaius sur les *nomina transcriptitia*, on le voit ajouter : « *Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis* [1] ». En outre des *nomina transcriptitia*, « *præterea* », il y avait donc une obligation *litteris ;* telle est la conclusion qui, au premier abord, résulte clairement de ces lignes. Cette obligation, ajoute Gaius, était propre aux pérégrins : « *proprium peregri-* « *norum est* ». Sans doute cette institution remplaçait pour eux la *transcriptio*, réservée aux citoyens, qui, seuls, du reste, tenaient des registres : c'était leur contrat *litteris* à eux.

L'affirmation de Gaius paraît, à cet égard, ne pas laisser de doutes. Cependant, si on examine de plus près cette affirmation on s'aperçoit d'abord qu'elle n'est pas absolue. Il ne dit pas « *obligatio fit* », mais seulement « *obligatio fieri videtur* ». En un mot, il lui semble qu'il y a obligation *litteris*, mais il ne l'énonce que comme une question restée douteuse dans son esprit et qu'il livre à la discussion de ses lecteurs, sans vouloir la trancher lui-même.

Comment expliquer à la fois la mention faite par Gaius de cette autre sorte d'obligation littérale et le doute clairement exprimé par lui ?

Dans tous les cas, si cette obligation existe, sa source indu-

1. Gaius, *Com.* III, § 134.

bitable est dans les *chirographa* et les *syngraphæ*. Qu'était-ce donc que ces deux sortes d'écrits ?

Asconius nous apprend que le *chirographum* était un écrit émané seulement de la main de la persoune qui s'obligeait. Le *syngraphus*, au contraire, était signé des deux parties et, sans doute, remis à chacune d'elles en exemplaires différents.

Mentionnés dans Plaute[1] et plus tard dans Cicéron [2], les *syngraphæ* semblent plus antiques que les *chirographa*. Peut-être faut-il voir là encore une trace de cette idée, enracinée dans l'esprit positif des vieux Romains, qu'un homme ne pouvait s'engager raisonnablement sans une prestation réciproque de l'autre partie. Ils sont aussi plus vite tombés en désuétude, car leur nom ne se rencontre plus dans la compilation de Justinien, tandis que les *chirographa* y sont fréquemment nommés.

Toute la question que nous avons posée plus haut réside dans le caractère qu'il faut attribuer à ces deux sortes d'écrits. Constituaient-ils par eux-mêmes une forme particulière d'obligation ? N'étaient-ils au contraire que de simples moyens de preuve du fait qui y était relaté ? Là dessus les jurisconsultes modernes se sont profondément divisés, et, il faut le dire, de sérieux arguments ont été apportés de part et d'autre.

Les uns ont pris dans un sens rigoureux l'affirmation de Gaius et attribué aux *chirographa* et aux *syngraphæ* la force obligatoire. Gaius, suivant eux, n'a employé la forme dubitative *fieri videtur* que parce qu'il ne pouvait pas établir une assimilation parfaite. Comparé au type complet du droit civil, on ne pouvait pas dire qu'il y avait là un contrat identique : ce n'était qu'une sorte de contrat analogue, s'en rapprochant sur certains points, s'en éloignant sur d'autres, mais tendant au même but et possédant le même caractère essentiel : obliger par l'écriture. C'est ce point commun qui a déterminé Gaius à l'inscrire à la suite des *nomina transcriptitia*, c'est tout le reste qui a motivé son *fieri videtur*.

De plus, dit-on, Gaius vient de distinguer, quelques lignes plus

1. Plaute, *Asinaria*, act. 4, sc. 1, vers 1 et suiv.
2. Cic., *de Legibus*, liv. 3, § 8.

haut, les *arcaria nomina* des *transcriptitia*, comme n'étant que de simples écrits probatoires : pourquoi ne pas comprendre dans la même remarque les *chirographa* et les *syngraphæ*, s'il existe le même motif de les distinguer ?

Enfin, ajoute-t-on, il est certain, d'après les textes, que lorsque le prêt constaté par *chirographum* était nié par le défendeur, celui-ci opposait au demandeur une exception, l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Il n'en eût pas été besoin, si le débiteur n'eût été tenu que par la numération des espèces : il eût suffi d'une défense au fond.

Malgré la puissance incontestable de ces arguments, nous adoptons l'opinion opposée.

Il nous semble, en effet, que le doute exprimé par Gaius est réel. Gaius semble ne se poser la question qu'à demi et sans y attacher une grande importance. Occupé à commenter le droit civil, il n'attache au droit des étrangers qu'un intérêt médiocre. C'est ainsi qu'appelé par son sujet à se préoccuper d'eux, à propos des deux sortes de *transcriptiones*, il mentionne la controverse entre les deux écoles, sans même prendre la peine de nous donner son avis personnel. Cependant il vient de parler des étrangers : eux aussi rédigent des écritures, bien que d'un caractère différent de celui des *codices*. Son esprit, amoureux de la symétrie comme tout esprit romain, cherche aussitôt le rapprochement possible, et le billet, *chirographum*, lui apparaît comme une forme extérieure analogue à la formule romaine. Mais cette analogie n'est qu'à la surface. c'est une apparence, un semblant, et Gaius, toujours si précis, toujours si maître de son expression, l'indique d'un mot : *fieri videtur*. Au reste, semble-t-il ajouter, ceci est en dehors de mon sujet, c'est du droit étranger : « *proprium peregrinorum est* », et il continue sans daigner s'arrêter davantage. N'était-ce pas inviter son lecteur à aller chercher dans ce droit étranger les règles certaines et détaillées de l'institution qu'il venait de nommer en passant ?

C'est ce qu'ont compris certains auteurs, surtout en Allemagne, et c'est ce que M. Gide a fait, en France, avec succès.

Ces étrangers, au point de vue qui nous occupe, il n'y a pas à en douter, ce sont les Grecs. L'étymologie des deux mots, *chiro-*

grapha et *syngraphæ* suffit à l'indiquer, et Asconius le dit en propres termes : « *In syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit,..... more institutoque Græcorum* ». C'est de là que ces sortes d'écrits ont été transportés à Rome. Or, qu'étaient-ils à Athènes? Des moyens de preuve seulement. A l'inverse de Rome, où les contrats consensuels étaient l'exception, en Grèce ils étaient la règle générale ; d'après Démosthènes, toute promesse librement consentie était obligatoire, et l'obligation naissait, comme chez nous, du simple consentement. Un écrit ne pouvait dès lors intervenir entre les parties, que pour conserver et faciliter la preuve de ce consentement.

On a affirmé le contraire, sans autres preuves du reste. Cette assertion a été contrôlée par M. Gneist, et ce professeur, dans de fort savantes recherches, a démontré que les Grecs n'avaient pas de contrat littéral, que chez eux le *syngraphus* était l'écrit constatant un acte et lui servant de preuve. La démonstration a été faite avec tant de clarté et d'évidence, que M. de Savigny, après avoir, dans divers écrits, soutenu cette forme de contrat littéral comme importée de Grèce à Rome, a formellement abandonné la doctrine qu'il avait enseignée : « Il a paru dernièrement, dit-il, « des recherches parfaitement fondées et satisfaisantes qui « me font changer complètement ma doctrine première ».

S'il en était ainsi, ces écrits ont dû certainement conserver à Rome leur caractère d'origine, car, outre le respect des Romains pour les institutions étrangères, qui forme le fond si remarquable de toute leur politique, comment aurait-on songé à créer un nouveau contrat *litteris*, alors que, pour l'ancien, la décadence avait déjà commencé ?

Au reste, ce droit des gens, qui régissait les pérégrins, n'eût pas vraisemblablement emprunté une pareille création au système formaliste, puisqu'il en était, dans son esprit du moins, la contrepartie, et que tous ses efforts tendirent à le modifier, jusqu'au jour où il eût effacé complètement son antique physionomie.

Au temps de Gaius, la différence est encore profonde. Il ne faut donc pas s'étonner de voir ce jurisconsulte traiter différemment, et dans deux remarques séparées, les *chirographa* ou *syngraphæ* et les *arcaria nomina*. Ceux-ci sont du droit civil, et Gaius

ne pouvait manquer, à ce titre, de définir rigoureusement leur caractère. Mais il eût été inutile, dans son esprit, de prendre les mêmes précautions au sujet des *chirographa* et *syngraphæ*, qui faisaient partie d'un droit tout différent, car on ne pouvait confondre un instant deux matières si distinctes. Les citoyens ne pouvaient contracter *litteris* que par les *nomina transcriptitia*, voilà ce qu'il tient à établir. Quant aux étrangers, il lui semble que quelques-uns de leurs écrits présentent avec ce contrat une certaine analogie : voilà tout. Au fond, n'est-ce pas toujours renvoyer pour plus amples détails au droit des pérégrins?

On a tiré aussi un argument, contre l'opinion que nous soutenons, de cette observation faite par Gaius quand il ajoute, après avoir parlé des *chirographa* et *syngraphæ* : « *Si eo nomine stipulatio non fiat* ». La preuve, a-t-on dit, que les écrits en question n'étaient pas toujours de simples moyens probatoires, c'est que Gaius prend soin d'indiquer comme exceptionnel un cas où ils ont précisément ce caractère : quand il est intervenu une stipulation, qu'il y ait ou non rédaction d'un écrit, c'est elle qui forme la source unique de l'obligation, on est tenu *verbis*. Quand, au contraire, il n'y a pas eu stipulation, l'écrit reste seul et puisqu'on reste néanmoins tenu, il faut bien conclure qu'on est alors tenu *litteris*.

Pour nous, le texte est loin d'avoir le sens décisif qu'on lui prête ici. Souvenons-nous toujours du point de départ : Gaius n'affirme pas qu'il y ait contrat *litteris*. Il se borne à poser la question et, pour la préciser, il commence par écarter l'éventualité d'une stipulation accompagnant l'écriture, parce que, dans ce cas, le doute n'est même pas possible. Je me demande, semble dire Gaius, si l'on peut voir dans ces écrits une véritable obligation littérale ; pourvu, bien entendu, qu'ils n'aient pas été accompagnés d'une stipulation, car alors on est certainement tenu *verbis*, et la question ne se pose même pas. — Tel est, ce nous semble, le vrai sens de la réflexion faite par Gaius, et dès lors l'argument perd sa valeur propre, pour se confondre avec celui que nous avons tiré plus haut de la forme dubitative « *fieri videtur* ».

Reste un autre argument d'une portée bien plus grave : il est tiré de l'emploi de l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

De nombreux textes, en effet, viennent prouver que lorsqu'une

personne, débitrice en vertu d'un *syngraphus* ou d'un *chirographum*, voulait en contester la sincérité, elle devait employer à cet effet une exception, dite exception *non numeratæ pecuniæ*.

D'où l'on s'est demandé : Pourquoi l'emploi d'une exception ? Si l'écrit n'était que probatoire, on ne pouvait être tenu qu'en vertu du *mutuum* effectué, et si, en réalité, la numération n'avait pas eu lieu, il devait suffire de présenter ce moyen comme défense au fond. Pour que le défendeur eût besoin d'une exception, il fallait donc que le demandeur possédât contre lui une *condictio*. Or si, dans l'espèce, elle ne résultait pas de la numération, qui n'avait jamais eu lieu, d'où pouvait-elle résulter, si ce n'est de l'écrit lui-même ? Il fallait donc que cet écrit fût suffisant à engendrer l'obligation et à faire naître, par conséquent, l'action à laquelle l'exception avait pour but de répondre.

L'argument semble sans réplique, et il faut avouer qu'avec notre système, le nom d'exception, dans ce cas, devient impropre. Mais cette bizarrerie ne reste pas sans explication.

Il faut remarquer d'abord que, dans la pratique, le prêt était presque invariablement accompagné d'une stipulation qui avait pour but, le plus souvent, de le rendre productif d'intérêts. Il fallait dès lors au défendeur une exception, pour répondre à l'action *ex stipulatu* du demandeur. Voilà quelle était la règle très générale.

On m'objectera, je le sais, que nous ne sommes plus là dans la question, puisque Gaius suppose précisément l'absence de toute stipulation : « *Si eo nomine stipulatio non fiat* ». Mais pourquoi n'aurait-on pas conservé, quoique impropre dans ce cas exceptionnel, le terme d'exception consacré par l'usage ? Exception véritable ou défense au fond, l'argument restait, en définitive, le même, et l'habitude le fit, dans les deux cas, nommer du même nom, qui avait perdu peu à peu sa signification rigoureuse.

De tout ce qui précède, nous pouvons donc conclure, qu'au temps de Gaius, les Romains ne connaissaient qu'une sorte de contrat *litteris*, celui qui, réservé aux citoyens, se faisait par l'inscription sur le *codex* d'un *nomen transcriptitium*.

CHAPITRE II

DU CONTRAT *litteris* DANS LE DROIT DE JUSTINIEN.

Avec celui des *codices*, l'usage de ce contrat se perdit à la longue. L'abandon de plus en plus marqué du formalisme, l'affluence à Rome des pérégrins, incapables de s'obliger sous cette forme, et la fréquence de leurs rapports avec les citoyens, enfin la naissance de quelques institutions nouvelles le firent complètement oublier. Si bien, que les Institutes ne le mentionnent que pour le déclarer depuis longtemps hors d'usage : « *Quæ nomina hodie non sunt in usu* ».

Cependant Justinien ajoute que, de son temps, il est encore possible de s'obliger *litteris*.

« *Olim scriptura fiebat obligatio*, nous dit Justinien, *quæ nomi-*
« *nibus fieri dicebatur ; quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane*
« *si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia*
« *minime numerata post multum temporis exceptionem opponere*
« *non potest ; hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit ut hodie,*
« *dum queri non potest, scriptura obligetur, et ex ea nascitur con-*
« *dictio, cessante scilicet verborum obligatione* [1]. »

Pour l'ancien contrat *litteris*, le *nomen transcriptitium*, il ne peut y avoir de doute, nous ne le retrouverons plus, il est tombé en désuétude, *non est in usu*. Aussi, loin de faire même allusion à l'antique formule, Justinien se borne-t-il à citer le cas d'un prêt constaté par un simple billet : « *Si quis debere se scripserit* », en un mot par un *chirographum*.

En effet, sous Justinien, les *chirographa* apparaissent encore. De nombreux textes les mentionnent, alors que le nom même des *syngraphæ* a, lui aussi, disparu. Au nom de *chirographum*, il est vrai, la jurisprudence a substitué peu à peu celui de *cautio*, et,

1. Instit, L. III, t. XXI.

sous cette dénomination, l'usage de ces écrits, destinés à constater toute convention un peu importante, nous apparaît aussi répandu que de nos jours.

Sont-ce ces *chirographa* ou ces *cautiones* qui vont engendrer la nouvelle obligation littérale? Ou, d'une façon plus générale, existe-t-il encore sous Justinien un contrat *litteris ?*

Justinien, nous l'avons vu, l'affirme et cite le cas où il se produit.

Théophile, dans sa paraphrase, vient à l'appui de cette assertion: « *Invenias tamen et hodie, si diligentius inspicias, in com-* « *muni vita versari quamdam litterarum obligationem, sed quæ* « *aliam formam, aliamque figuram habeat* ».

Cette double affirmation trouve à son tour un écho et un appui dans plusieurs textes. Une constitution d'Arcadius, Honorius et Théodose parle d'un *debitum* « *in litterarum obligationem, facta cautione, translatum*[1] ».

L'expression est claire : il s'agit bien, dit-on, d'une dette qui, au moyen d'un écrit, a été transformée en obligation littérale.

Les mots *agere, convenire ex chirographo*, que l'on rencontre en plusieurs endroits, semblent se rapporter au même sens.

En présence de ces textes, un grand nombre d'interprètes du droit romain ont considéré comme sérieuse l'existence du contrat *litteris* au temps des Institutes.

« On a plusieurs fois plaisanté Justinien, dit à ce sujet M. Or-
« tolan, sur son obligation *litterarum*, imaginée, dit-on, par lui
« en l'honneur de l'ancienne division des contrats. Il sera facile
« de nous convaincre que les rédacteurs des Institutes de Justi-
« nien n'ont rien imaginé ; que ce qu'ils ont pris, c'est véritable-
« ment le contrat *litteris*, tel qu'il leur était parvenu dans ses
« transformations[2]. »

Bien entendu, les partisans de ce système admettent qu'au temps de Gaius, les *syngraphæ* et les *chirographa* formaient de véritables contrats littéraux, à l'usage spécial des pérégrins. Quand, plus tard, la nécessité des affaires en répandit l'usage jusque chez

1. L. 6. Cod. Theod. 2-4, *De denunc.*
2. Ort. t. III, n° 1433.

les citoyens romains, ces écrits auraient, dit-on, conservé le même caractère et, entrant par cette voie détournée dans le droit civil, y auraient pris la place laissée vide, grâce à la désuétude complète où étaient tombés les *nomina transcriptitia*.

Mais, il ne faut pas l'oublier, le mot *chirographum* a perdu peu à peu sa signification précise et spéciale. On le rencontre indifféremment employé avec beaucoup d'autres, *cautio*, *epistola*, etc., etc.; en un mot, il se confond à la fin dans la foule des écrits destinés à accompagner et à prouver les conventions.

Pour être logique, et si l'on veut le faire suivre jusqu'au bout de son primitif caractère, il faut donc soutenir qu'à la fin tous les titres écrits formaient un contrat littéral.

Un auteur allemand [1] n'a pas reculé devant cette conséquence, sans s'apercevoir qu'avec l'habitude, tous les jours plus générale, de constater par écrit les contrats réels, consensuels ou verbaux, tout le système des obligations du droit romain aurait fini par se réduire au seul contrat littéral. Il eût donc occupé une place immense, ce qu'il est difficile d'admettre, quand on voit discuter encore la question même de son existence.

Cette doctrine est trop exagérée pour avoir fait beaucoup de partisans, et le système le plus généralement suivi, dans le même sens d'ailleurs, est celui qui voit un contrat littéral, non pas dans tout billet, *chirographum* ou *cautio*, mais bien dans leur emploi au cas spécial indiqué par Justinien.

Disons tout de suite que nous ne nous rallions point à cette opinion.

Nous avons exposé plus haut les raisons pour lesquelles nous envisagions, au temps de Gaius, les *syngraphæ* et les *chirographa* comme de simples écrits probatoires. S'ils ont changé de caractère en passant d'une époque à l'autre, ce n'a pu être, assurément, pour se rapprocher d'un formalisme de plus en plus délaissé et ressusciter une forme de contrat que ne réclamaient ni les mœurs, ni l'usage.

Les expressions *agere*, *petere ex chirographis* sont loin d'être décisives. Souvent, et par une figure de langage très naturelle, elles servent à désigner, non pas le titre écrit, mais l'affaire qui y

1. M. Cropp.

est relatée, et c'est dans ce sens qu'il faut les entendre ici. Citons-en un exemple entre beaucoup d'autres :

C'est un passage de Julien : « *Qui chirographum legat*, dit-il, « *non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de actionibus, quarum* « probatio *tabulis continetur* ».

Quant au passage du Code Théodosien, malgré son apparence spécieuse, il est possible d'en donner une explication toute différente de celle de nos adversaires, et nous sommes convaincu, avec M. Accarias, qu'il s'agit là simplement d'une dette, constatée par écrit, *reportée*, *relatée* par écrit, mais à simple titre de preuve.

Nous restons donc, en définitive, en présence de l'affirmation de Justinien, dont celle de Théophile n'est que l'écho, et qui indique, comme source de l'obligation littérale, la péremption, dans certains cas, de l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Nous avons déjà dit quelques mots de cette exception, mais pour bien comprendre la pensée de Justinien, une étude plus complète est nécessaire.

A Rome, rien n'était plus fréquent que de faire accompagner le prêt d'une stipulation. Dans ce cas, ce n'était pas en vertu du *mutuum*, c'était en vertu des paroles solennelles que le débiteur était tenu. Mais il pouvait se faire qu'en réalité la numération n'eût pas été effectuée, et, dans ce cas, la demande du créancier constituait une injustice évidente, puisqu'elle tendait à la restitution d'une somme qui n'avait jamais été déboursée. Cependant il conservait toujours la *condictio* engendrée par la formule et possédait ainsi le moyen de contraindre son débiteur au paiement.

Mais le préteur intervint, qui prit la défense du débiteur. Grace à lui, ce dernier eut d'abord à son service une exception générale de dol [1] ; puis Ulpien [2] nous le montre muni d'une exception particulière, l'exception *n n numeratæ pecuniæ*. En l'opposant à l'injuste demande du créancier, en prouvant qu'il n'a jamais touché les espèces, le débiteur a désormais un moyen sûr de rétablir l'équité en sa faveur.

1. Gaius, *Com.* VI, § 119.
2. L. 29, D. *Mand.* 17-1.

Il en était de même, la chose va de soi, quand le prêt, au lieu d'être consenti sur stipulation, avait été constaté par une obligation *litteris*.

Jusqu'ici, on ne voit dans cette procédure rien qui surprenne, et elle n'est que l'application régulière des principes du droit prétorien. Mais, au IIIe siècle, les empereurs lui donnèrent un caractère tout nouveau, en rompant, pour ce cas, la règle traditionnelle, et si logique du reste, qui met à la charge du défendeur la preuve de l'exception qu'il invoque : *reus excipiendo fit actor*. Dès lors, la présomption légale fut que les espèces n'auraient pas été comptées, et ce fut au créancier qui réclamait le remboursement à prouver d'abord la numération.

Qui avait pu amener une dérogation aussi considérable aux principes du droit? Serait-ce, comme le prétendent les empereurs Dioclétien et Maximien, parce qu'il serait impossible de prouver une négation ? Cette raison n'est pas sérieuse, car il tombe sous le sens qu'une négation, nettement limitée et déterminée, peut aussi bien se prouver qu'une affirmation. La vraie raison paraît être l'habitude où étaient les prêteurs, surtout les banquiers, d'exiger l'engagement du débiteur avant de lui compter les espèces. L'obligation une fois née, la mauvaise foi s'en était sans doute emparée maintes fois, pour exiger le remboursement de sommes qui n'avaient jamais été prêtées. L'exception, avec son nouveau caractère, répondait exactement à un pareil danger.

Mais le fardeau si lourd de la preuve ne fut pas laissé indéfiniment à la charge du créancier. Autrement, le moyen eût cessé d'être une précaution pour devenir une véritable injustice, dans le sens opposé à celle qu'il devait prévenir. L'empereur Marc-Aurèle décida qu'au bout de cinq ans la présomption se trouverait, pour ainsi dire, retournée. Ce terme écoulé, non seulement la numération sera réputée accomplie, mais la preuve contraire sera même refusée au débiteur.

Il faut dire, pour justifier cette dernière disposition, que ce débiteur, pendant le délai, réduit à deux ans par Justinien, comme nous l'apprend le texte des Institutes, ne reste point à la merci de son créancier. Si celui-ci refuse de prendre l'initiative, la loi donne au débiteur une *condictio*, au moyen de laquelle il peut

mettre son créancier en demeure de prouver la réalité du prêt ou de lui faire remise de sa dette. Armé d'un pareil moyen, s'il garde le silence, il n'est que juste de penser qu'il considère la créance dont il est tenu comme légitime.

Si cependant il a gardé le silence par négligence ou pour toute autre cause, qu'arrivera-t-il? C'est ici que Justinien va découvrir son prétendu contrat *litteris*.

Il faut d'abord écarter, bien entendu, le cas d'une stipulation ayant accompagné le prêt. Justinien nous le dit formellement : « *ex ea (scriptura) nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione* ». Et il faut ajouter aussi le cas d'une obligation, littérale, d'une *transcriptio*, passée sous silence par suite de la désuétude. Dans ces deux cas, en effet, la question ne peut même pas se poser : on reste toujours tenu *verbis* ou *litteris*, il ne peut y avoir de doute. Mais supposez le cas d'un *chirographum*, d'un simple billet. Le créancier et le débiteur ont laissé tous les deux s'écouler les délais sans prendre l'offensive. Cependant la numération n'a pas eu lieu : pas de *mutuum*, et, par conséquent, pas d'action de ce chef. Que reste-t-il donc qui puisse lier le débiteur? Le simple billet signé de lui. Sans doute, ce billet, par lui-même ne constitue pas un contrat ; mais comme d'un côté le créancier possède une action, et que de l'autre le billet semble resté seul debout pour soutenir la créance, ne peut-on pas dire que le créancier paraît tirer son action du *chirographum* lui-même, et que c'est ce *chirographum* seul qui, en apparence, suffit à lier désormais le débiteur? Ainsi peut-il encore arriver qu'on soit obligé par l'écriture : « *Sic fit ut hodie dum queri non potest, sriptura obligetur, et ex ea nascitur condictio* ». Tel est le contrat *litteris* qui nous est présenté par Justinien.

On peut tout d'abord trouver singulier ce contrat, qui se forme sans le consentement des parties, fatalement, pour ainsi dire, et comme malgré elles, par la seule expiration du délai.

Mais il faut lui adresser une critique plus sérieuse. A y regarder de plus près, est-il exact de dire qu'on soit, dans ce cas, tenu en vertu de l'écrit? N'est-ce pas plutôt et très réellement en vertu du *mutuum?* Ce *mutuum* n'existe pas, sans doute ; mais, passé le délai, il est réputé accompli, ce qui, aux yeux de la loi,

équivaut à son existence. Pendant deux ans, dit la loi, il faudra, pour que je le sanctionne, que le *mutuum* soit prouvé : passé ce délai, j'en considérerai la preuve comme faite, et j'agirai en conséquence. C'est dire clairement que l'action découle du *mutuum*, non de l'écrit.

La peine que s'est donnée Justinien pour découvrir en pareil cas la cause de l'obligation du débiteur était donc superflue, et il était inutile d'invoquer, pour y satisfaire, un semblant de contrat *litteris*.

Selon toute probabilité, Justinien, ou plutôt Tribonien, n'a obéi, dans cette occasion, qu'à un sentiment moins sérieux encore : le désir de reproduire à tout prix dans son traité l'antique division en quatre contrats, dont la transformation de la société romaine, influant à son tour sur la jurisprudence, avait fait peu à peu disparaître l'un des éléments.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT FRANÇAIS

PRÉLIMINAIRES

Avec les mœurs de la Rome primitive, le contrat *litteris* avait disparu pour toujours.

C'est en vain qu'on en chercherait une trace dans notre droit moderne, qui cependant a fait de si nombreux et si riches emprunts à la jurisprudence romaine.

C'est que le droit romain, comme toute grande institution sociale, contenait deux parties : l'une créée pour les hommes et les choses du temps, et destinée à passer avec eux ; l'autre qui, pour leur être appliquée, n'en était pas moins la manifestation de certains principes immuables, vrais dans tous les temps et dans tous les pays.

Faire de l'écriture elle-même un contrat, lier les parties par le seul fait de la formule écrite, voilà ce qui était une création arbitraire et toute romaine ; reconnaître dans l'écriture le témoin le plus commode et le plus fidèle des conventions intervenues entre les particuliers, voilà ce qui résultait de la nature même des

choses, ce qui, vrai à Rome il y a deux mille ans, ne pouvait cesser d'être vrai tant qu'on saurait écrire.

Ce qu'il faut chercher en droit français dans l'écriture, ce n'est donc plus un contrat, mais la preuve d'un contrat.

A Rome, la formule parfaite, tout était parfait ; en France, la formule même supposée parfaite n'aura de valeur qu'autant que la convention elle-même en aura. Sans doute, le défaut de forme pourra avoir une influence considérable sur les contrats ; mais, sauf certains cas particuliers, ce qui périra alors, ce sera bien plutôt la preuve que le fond même de la convention, et celle-ci conservera toute sa vigueur, si elle vient à être prouvée d'une autre manière. Le caractère que nous avons reconnu aux *chirographa* et aux *syngraphæ* est ainsi devenu la règle générale.

Mais, pour n'être plus un contrat, l'écriture n'en tient pas moins une large place dans notre législation. Elle y constitue en effet à elle seule, et sauf une exception insignifiante, toute la matière des preuves préconstituées. De plus, la loi, dans les articles 1341 et suivants du Code civil, a consacré de la façon la plus formelle la supériorité de la preuve écrite sur la preuve testimoniale, et proclamé à titre de principe la maxime ancienne : « Lettres passent témoins ».

Cette maxime n'a pas toujours régné dans notre ancien droit. Sa date est, au contraire, relativement récente, et pendant des siècles, ce fut la maxime contraire qui fut exclusivement appliquée. « Témoins passent lettres ».

L'histoire de ces deux maximes tient à celle de la civilisation au moins autant qu'à celle du droit, et il est intéressant de suivre le sort et le développement de la preuve littérale en France, depuis la chute de l'Empire romain, à travers le droit féodal, le droit coutumier et les ordonnances de notre Monarchie française. Qu'elle ait subi bien des vicissitudes avant d'arriver à l'état nettement défini que nous présente la législation actuelle, c'est ce dont on ne saurait s'étonner, car : « il ne faut pas oublier dit M. Ortolan, qu'entre le droit de Justinien et notre Code civil, il se « trouve treize siècles et toute notre création nationale progressive ».

La civilisation née de l'Empire romain tomba avec lui sous les invasions des barbares. La preuve écrite, qui avait suivi les progrès de cette civilisation, qui en était comme la conséquence et qui s'était développée avec elle, ne pouvait lui survivre. Elle déclina et faillit disparaître sous la longue étreinte de l'ignorance et de la barbarie. Les troubles, les violences, le manque presque absolu de sécurité n'étaient pas favorables à la renaissance des lettres. Surtout depuis la mort de Charlemagne, il devenait plus nécessaire de se battre que d'écrire, et la reconnaissance publique ne mettait alors rien au-dessus du guerrier qui, de son épée, savait protéger un coin du sol. « Ne pas être tué, dit Stendhal, et « avoir pour l'hiver un bon habit de peaux, tel était pour beau- « coup de gens le suprême bonheur au x^e^ siècle. »

Au milieu de ce naufrage universel, il fallut un gigantesque effort pour féconder de nouveau les débris de la culture humaine, sauvés par quelques religieux.

Pendant plusieurs siècles, le clergé eut seul la possibilité ou le courage d'y travailler. Les documents abondent qui prouvent son infatigable sollicitude, à travers tant d'obstacles, pour l'instruction populaire. Dès la fin du VIII^e^ siècle, on voit les évêques à l'œuvre : ils fondent des écoles, et, depuis cette époque, c'est pour ainsi dire sans interruption qu'on suit leur trace dans cette voie. On peut dire qu'ils ne se réunissent pas une fois, sans que cette question soit agitée. Leur vœu est que chaque paroisse instruise ses enfants et qu'elle puisse le faire gratuitement, grâce aux fondations de la charité privée.

Ces fondations abondent, s'accumulent, et, vers le règne de Louis XIV, dans la plus grande partie de la France, leur vœu est réalisé. La Monarchie, du reste, s'était de bonne heure associée à leur œuvre. La période d'ignorance absolue produite par la Révolution a trop fait oublier que, sous cette double impulsion, l'instruction primaire atteignit en France un développement presque égal à celui de nos jours.

Mais, malgré tant d'efforts, la pente, on le comprend, fut longue à remonter, et il fallut un temps considérable pour vulgariser de nouveau l'usage de l'écriture.

Ce fut donc, à notre avis, plutôt par nécessité que par confiance absolue dans la foi du témoignage, que s'établit d'abord la

célèbre maxime : « Témoins passent lettres ». A l'origine, elle ne pouvait être critiquable, puisqu'elle était seule possible. Tout ce qu'on pouvait faire, c'était de l'entourer de garanties, en punissant de peines terribles les faux témoins. Mais cette nécessité, nous l'avons dit, dura longtemps ; pendant longtemps toutes les lois, toute la procédure, toute l'attention des plaideurs et des juges en matière de preuve se portèrent uniquement sur la preuve testimoniale : c'est ce qui explique la stabilité d'une coutume entrée à ce point dans les mœurs et la législation du pays.

L'écriture, cependant, ne fut jamais complètement inconnue. A côté des actes publics, qui furent presque toujours rédigés par écrit, le savant bénédictin Mabillon, dans son traité *De re diplomatica*, signale, dès le XI^e^ siècle, des actes privés passés devant un notaire et des témoins.

Plus tard, vers le XIII^e^ siècle, apparurent les chartes-parties, invention ingénieuse, remplacée plus tard par la formalité des doubles. Ces chartes-parties n'étaient d'abord usitées qu'en matière maritime, pour l'affrétement d'un vaisseau. On écrivait l'acte sur une feuille de parchemin, qu'on divisait ensuite entre les contractants : le rapprochement des différentes parties de l'acte formait plus tard la preuve de son identité. Mais la division du texte même présentait des inconvénients, et on se contenta bientôt de tracer sur le bord du parchemin, en haut ou en bas, des lettres majuscules ; puis on les coupait en faisant des dents et en ayant soin de laisser une partie de chaque lettre sur l'acte même, et l'autre sur le morceau de parchemin détaché, qui s'appelait « échantillon ». Un mode plus parfait consistait encore à écrire l'acte deux fois, en deux colonnes séparées, et à remplir l'intervalle entre ces colonnes avec les lettres de l'alphabet ou un passage de l'Écriture sainte, que l'on écrivait en gros caractères. On coupait ensuite le pacte en deux, de telle sorte que chaque partie gardât, avec le texte complet de l'acte, la moitié des signes destinés à empêcher une substitution frauduleuse. C'était déjà, on le voit, la théorie des doubles.

Même au point de vue de la théorie, la preuve littérale avait trouvé des défenseurs : « Quand aucun s'est obligié par lettre, « avait dit Beaumanoir, et cil qui s'obligea nie l'obligation, il ne

« la convient prouver, for par lettres ». Mais son opinion ne pouvait prévaloir contre la force des choses ; les clercs presque seuls connaissaient l'écriture ; il fallait donc de toute nécessité pratiquer encore la maxime : « Témoins passent lettres », et, au XV^e^ siècle, elle était encore dans toute sa vigueur : « S'il advient « qu'au jugement une partie se veuille aider de lettres en preu- « ves, dit Bouteiller dans sa *Somme rurale*, et l'autre partie se « veuille aider de témoignage singulier, sachez que la vive voix « passe vigueur de lettres, si les témoignages sont contraires aux « lettres ».

Il n'est pas difficile de comprendre combien un pareil état de choses devait être favorable à la multiplication des procès. L'incertitude des souvenirs, la corruption des témoins, la difficulté qu'éprouvait la justice à constater les conventions de cette manière, étaient autant d'armes aux mains de la mauvaise foi. De plus, au XVI^e^ siècle, l'écriture s'était répandue, et on pouvait raisonnablement l'exiger des parties pour les actes les plus importants.

Ce furent ces considérations qui déterminèrent Charles IX, conseillé par le chancelier de l'Hôpital, à rendre la célèbre ordonnance de Moulins de 1566.

Le préambule de cette ordonnance est ainsi conçu : « Pour « obvier à la multiplication de faits que l'on a vus ci-devant « être mis en avant, en jugements sujets à preuve de témoins « et reproches d'iceux, dont advenoient plusieurs inconvénients et involutions de procès », que les plaideurs, ajoute Boiceau, essayaient de faire naître, plutôt pour embarrasser l'affaire, que dans le dessein de se servir de cette preuve pour conserver leurs droits, ce qu'ils pratiquaient souvent en subornant les témoins. On voit combien les plaideurs du XVI^e^ siècle étaient peu scrupuleux, et combien la réforme était nécessaire.

En conséquence, l'article 54 de l'ordonnance prescrivait : « que dorénavant, de toute chose excédant la somme ou valeur « de cent livres pour une fois payer, seraient passés contrats « par devant notaires et témoins ; par lesquels contrats seule- « ment sera faite et reçue toute preuve ès-dites matières, sans « recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu au con-

« trat, nisur ce qui seroit allégué avoir été dit ou convenu « avant celui, lors et depuis. » Cette exclusion toutefois ne s'étendait pas « aux preuves des conventions particulières et au« tres, qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux « et signatures privées ».

Ainsi, à l'antique maxime : « Témoins passent lettres », cette remarquable ordonnance substituait d'un seul coup la maxime toute nouvelle : « Lettres passent témoins ».

La nouveauté d'une pareille mesure la fit d'abord mal accueillir par plusieurs. Mais elle était au fond sage et salutaire ; le Parlement de Paris l'approuva hautement, et on finit par la considérer comme la meilleure loi de l'époque : « *Nulla toto hoc sæ« culo constitutio aut regia lex, sanctior ac probatior visa fuit* ». Elle offrait en effet une puissante garantie à la bonne administration de la justice, en imposant ainsi aux parties l'obligation de constituer d'avance les moyens de preuve dont elles pourraient un jour avoir besoin, moyens dont la permanence et la fidélité étaient en même temps les plus éminemment propres à sauvegarder leurs intérêts.

Depuis lors, le principe posé ne reçut plus d'atteinte. La supériorité de l'écriture en matière de preuve ne fit que grandir, et fut consacrée dans une foule de documents législatifs. L'ordonnance civile de 1667, notamment, touchant la réformation de la justice, renouvela les prescriptions de l'ordonnance de Moulins, en tranchant certaines difficultés que la pratique avait fait naître.

L'article 1341 du Code civil a consacré définitivement la théorie des deux ordonnances, dont son texte, d'ailleurs, n'est guère que la reproduction. Aujourd'hui, non seulement la maxime : « Témoins passent lettres » ne serait plus vraie, mais nous pensons que l'article 1341 a fait du rejet de la preuve testimoniale une règle générale, et non pas seulement une exception limitée à certains cas prévus.

Les écritures sont donc placées, aujourd'hui, au premier rang des preuves ; mais elles n'ont pas toutes la même nature ni la même autorité, et une distinction fondamentale s'impose à nous de ce chef entre les actes authentiques et les actes sous seing privé.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ACTE AUTHENTIQUE.

SECTION I

AUTHENTICITÉ. — NOTARIAT.

§ I. — *Authenticité.*

Dans son acception la plus ordinaire et la plus large, le mot *authentique* sert à qualifier tout écrit dont l'origine est bien constatée, dont l'auteur est sûrement connu. Mais le législateur lui a attribué un sens plus spécial et plus restreint. En droit, le mot *authenticité* sert à désigner le caractère particulier attaché à certains actes, émanés d'autorités déterminées, et passés ou dressés avec certaines formes voulues par la loi.

Ce caractère, c'est la foi probante : foi absolue, se suffisant à elle-même, dispensée de toute vérification d'écriture, et qu'on ne peut faire tomber qu'au moyen d'une procédure particulièrement difficile et périlleuse. Ainsi entendue, l'authenticité est assurément une création du droit civil. Mais on ne saurait en trouver de plus salutaire. En effet, elle prévient une foule de contestations, maintient rigoureusement le respect des conventions, assure leur exécution sans recherches trop souvent incertaines, et répond ainsi à un immense intérêt public.

L'article 1317 du Code civil donne de l'acte authentique la définition suivante : « C'est celui qui a été reçu par officiers « publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a « été rédigé et avec les solennités requises ».

Capacité de l'officier rédacteur, sa compétence, accomplissement des formalités exigées, telles sont donc les trois conditions

générales qui doivent concourir pour faire d'un écrit un acte authentique. Si elles viennent à manquer, le défaut saute aux yeux, et celui qui se laisse tromper ne peut, la plupart du temps, s'en prendre qu'à lui-même. Mais alors même qu'elles sont parfaitement remplies, la foi de l'acte repose encore sur une double supposition : d'abord c'est que le papier produit en justice est bien l'œuvre de l'officier dont il porte la signature apparente ; ensuite, c'est que le témoignage rendu par cet officier dans l'exercice de ses fonctions est sincère.

Ces deux points ne sont pas aussi faciles à vérifier qu'un vice de forme, et l'on peut se demander si le législateur n'a pas commis une imprudence en les présumant de la sorte vrais en règle générale. Mais les raisons qui viennent appuyer ces suppositions sont trop sérieuses pour laisser place au moindre doute. C'est, pour la première, la difficulté matérielle d'imiter les actes authentiques, avec leur forme particulière et leurs nombreuses formalités, et, de plus, la sévérité plus grande du Code pénal, qui punit des travaux forcés à temps le faux en écriture publique, alors que le faux en écriture privée n'est puni que de la réclusion. Pour la seconde, la garantie se rencontre dans le caractère et la position de l'officier public, auquel son rang honorable, ses relations, son intérêt même interdisent tout procédé déshonorant, et aussi dans la pénalité très rigoureuse qui l'atteint, s'il vient à oublier ces choses et à commettre une prévarication.

En définitive, c'est donc à l'apparence de l'acte plutôt qu'à l'acte pris en lui-même que s'attachent cette foi, cette authenticité, et c'est là le trait le plus saillant qui distingue l'acte authentique de l'acte sous seing privé; car ce dernier, bien loin de faire foi sur sa mine, si l'on peut s'exprimer ainsi, n'a de force qu'autant qu'il a été reconnu ou dûment vérifié.

L'intérêt général qu'il y a à munir un acte d'une force spéciale, de telle sorte qu'il se serve à lui-même de témoin, se rencontre dans tous les actes émanés de l'autorité publique. L'authenticité n'est donc pas restreinte aux matières du pur droit civil : on la rencontre dans toutes les autres branches de la législation, en droit criminel, commercial ou administratif. Mais il est une classe d'actes authentiques qui a pris, dans la pratique,

une importance tellement prépondérante que, lorsqu'on parle d'authenticité, la pensée ne se porte guère ailleurs; nous voulons parler de ceux qui sont spécialement destinés à constater les conventions privées, en un mot des actes notariés.

L'acte notarié, voilà l'acte authentique par excellence. C'est à lui que nous bornerons cette étude ; car, outre son importance pratique, c'est à lui seul que se rapportent toutes les dispositions du Code civil. Son étude, d'ailleurs, peut dispenser de toutes les autres, puisque ce sont les mêmes règles qui, au fond, doivent s'appliquer toutes les fois qu'il s'agit d'authenticité.

§ II. — *Notariat.*

« Les notaires, dit l'article 1^er^ de la loi du 25 ventôse de l'an « XI, sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les « actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire « donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'auto- « rité publique, et pour en assurer la date, en conserver le « dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. »

Cette fonction constitue une véritable juridiction, qu'on a qualifiée de volontaire, par opposition à la juridiction contentieuse des tribunaux. En effet, dans une affaire litigieuse, le juge déclare quelle est la disposition de la loi sur le point qui lui est soumis et il l'applique aux parties ; dans l'acte qu'il reçoit, le notaire constate quelle est, sur ce point, la loi particulière que les parties ont voulu s'imposer. L'un et l'autre proclament ce qui est devenu un droit, celui-ci par la volonté spéciale des contractants, celui-là par la volonté générale de la loi, et l'acte du notaire aura la même force que la décision du juge et sera revêtu de la même formule exécutoire.

Cette institution, qui est tellement entrée dans nos mœurs, « qu'elle nous semble, a dit M. Bonnier, devoir exister chez tous « les peuples civilisés », et qu'elle est pour nous comme inséparable de l'idée de société organisée, est cependant loin d'avoir toujours existé et d'être, même à l'heure qu'il est, universelle.

Elle était inconnue dans l'antiquité. A Rome, il est croyable

que la forme verbale fut, à l'origine, la forme par excellence des conventions. Les citoyens prenaient tout le peuple à témoin de leurs engagements, et nous voyons le testament se faire sur la place publique, au milieu de l'assemblée des comices. Aucun écrit n'était dressé, et le témoignage des assistants suffisait.

C'était, du reste, le seul mode possible chez une nation qui se faisait gloire de tout ignorer, hormis la guerre et l'agriculture. « A Rome, dit Montesquieu, l'art militaire était la seule voie pour « aller aux magistratures et aux honneurs de la République, et ce « préjugé, qui dura si longtemps parce qu'il tenait aux lois de « l'Etat, fut un obstacle, chez ce peuple, aux connaissances de « toute espèce qui n'avaient point de rapport à la guerre. »

Cependant la population de Rome, son commerce et ses richesses augmentant, les conventions se multiplièrent en proportion ; il fut impossible de s'en rapporter uniquement au témoignage, et l'écriture devint nécessaire.

Les esclaves furent longtemps à Rome les seuls écrivains. Les uns rédigeaient les conventions des parties, les autres servaient de greffiers aux différentes juridictions ; il y en avait d'attachés aux magistrats, aux principaux fonctionnaires. On les distinguait sous les noms divers de *tabularii*, *logographi*, *scribæ*, *actuarii*, et ces noms indiquaient certainement, dans la pratique, des différences d'emploi qui ne sont pas toutes parfaitement nettes aujourd'hui.

Tous portaient, à un autre point de vue, la dénomination générale de *notarii*. Ce nom, origine de celui de notaire, leur venait du verbe *notare*, qui signifiait écrire en notes ou abréviations.

Cette manière d'écrire était, en effet, fort en usage à Rome et chez presque tous les peuples antiques. La nécessité d'écrire parfois très vite et la cherté de la matière sur laquelle on écrivait, papyrus ou parchemin, en était peut-être la cause. Les écrivains de Rome étaient passés maîtres en cet art, inventé, ou plus vraisemblablement perfectionné, par l'affranchi de Cicéron, Tyron, dont le nom y est resté attaché. Leur main suivait au vol la parole de l'orateur ou du juge :

« Currant verba licet, manus est velocior illis. »
(Martial.)

C'était ce qu'on appelait rédiger un acte *in notis ;* on le mettait ensuite au net, *in mundum*. Ces *notarii* étaient, on le voit, les ancêtres de nos modernes sténographes.

Mais il n'y avait rien là qui ressemblât aux notaires actuels. Ces écrivains n'attachaient aucune force particulière aux actes qu'ils rédigeaient et n'étaient tous que de simples instruments de rédaction.

Plus tard on créa les tabellions, spécialement destinés à recueillir par écrit les conventions des parties. Ils étaient choisis parmi les hommes libres et non plus parmi les esclaves, et formaient à Rome, au dire de Cujas, un collège important. Eux aussi, comme les magistrats, eurent auprès d'eux pour aider leur travail, des *notarii*, qui ne furent jamais à Rome que des sténographes ou des commis, occupant un emploi tout à fait subalterne, ordinairement réservé aux esclaves. Il y avait loin encore de ces tabellions à nos notaires ; ils ne conféraient à leurs actes aucune authenticité et ne faisaient que comparaître comme témoins en cas de contestation.

Le tabellionage survécut à la chute de l'Empire romain. On le retrouve en France, au moyen âge, sous le même nom et avec le même caractère : les tabellions ne sont toujours que des témoins un peu plus autorisés. Les écritures rédigées par eux s'appellent *notitiæ privatæ*. Mais à côté de ces *notitiæ privatæ*, il y avait des *notitiæ publicæ*, revêtues du caractère de l'authenticité. D'où leur venait ce caractère? C'était soit du dépôt dans les archives publiques, formalité créée dans ce but, sous le nom d'insinuation, dans le dernier état de la législation romaine ; soit de ce que ces actes constituaient de véritables jugements rendus par le juge ou par l'évêque, exerçant dans ce cas une juridiction volontaire : les parties faisaient juger par avance le point sur lequel portait leur convention.

Mais ces actes n'étaient point rédigés par les magistrats en personne. Près d'eux, nous retrouvons encore, comme à Rome, des *notarii*. Leurs fonctions n'ont point changé : ce sont toujours des écrivains subalternes, sans autorité propre, simples greffiers de la juridiction dont ils dépendent. Cependant, c'est dans une légère modification de leur ministère que nous allons saisir la première origine du notariat.

En effet, peu à peu, au lieu de se borner à rédiger sous la dictée du magistrat les actes de la juridiction volontaire, ils en vinrent à les recevoir seuls, hors la présence de ce magistrat, et à les rédiger sur les simples déclarations des parties. Ils ne changèrent point pour cela la forme accoutumée de leurs actes, qui était celle des jugements, et Loyseau voit, dans cette circonstance, l'origine véritable de la formule exécutoire des actes notariés : « Nous avons « pris l'habitude, dit-il, d'expédier nos contrats hors la présence « du juge ; mais quoi qu'il en soit, c'est toujours le juge qui parle « en iceux et y est intitulé ainsi qu'aux sentences, et en plusieurs « provinces, le style des contrats porte : que les parties sont com- « parues devant le notaire comme en droit ou en jugement; et « encore, en quelques lieux, il porte : qu'elles sont jugées et con- « damnées, de leur consentement, à entretenir tout ce qui est con- « tenu au contrat ; qui est aussi la cause pourquoi les contrats en « France ont exécution parée, ainsi que les sentences ».

Il ne restait qu'un pas à faire, c'était qu'au lieu de parler au nom du juge, les notaires parlassent en leur propre nom : il n'y avait qu'à séparer les deux fonctions de greffier et de notaire. Déjà Charlemagne semble avoir entrevu cette distinction. Dans un de ses capitulaires de l'année 805, il ordonne aux comtes ou gouverneurs des provinces, aux évêques et aux abbés, d'avoir chacun son notaire, et il désigne ces écrivains sous le nom de *judices chartularii*, expression énergique, exprimant bien la magistrature spéciale à laquelle ces officiers sont appelés par la nature même de leurs fonctions. Mais, après la mort de Charlemagne, tout s'écroule, et l'on ne retrouve plus rien de semblable jusqu'à saint Louis.

Ce fut ce grand prince qui, le premier, en réalisant la séparation des deux juridictions, créa véritablement le notariat. L'étendue de cette première réforme fut restreinte. Elle se borna à la ville de Paris, où furent créés soixante offices de notaires, qui eurent, à certaines conditions, le pouvoir de rendre leurs actes authentiques et exécutoires, sans s'adresser au prévôt, chef de la justice. Ces notaires devaient, entre autres conditions, instrumenter au Châtelet, et les notaires du Châtelet de Paris conservèrent jusqu'à la Révolution cette dénomination avec de nombreux privilèges.

Ce que saint Louis avait fait pour Paris, ses successeurs le

firent pour le domaine royal. Les seigneurs, à leur tour, imitèrent le roi et créèrent des notaires dans leurs domaines, d'où les deux dénominations de notaires royaux et de notaires seigneuriaux, si souvent employées dans les anciens documents.

Il y eut aussi, en France, jusqu'au règne de Charles VIII, quelques notaires impériaux, que les empereurs d'Allemagne s'étaient arrogé le droit d'instituer, en vertu d'une suprématie qui fut toujours plus nominale que réelle. Enfin il y en eut d'autres, établis par l'autorité ecclésiastique pour les matières bénéficiales ou spirituelles, et qui, sous le nom de notaires apostoliques ou épiscopaux, tinrent toujours une place considérable. Louis XIV, en 1691, les érigea en titre d'offices royaux.

Tandis que les greffiers se transformaient peu à peu en notaires, les anciens tabellions continuaient d'exister, à titre d'institution locale et peut-être municipale [1]. Ces tabellions avaient eux-mêmes des clercs, qui bientôt prirent à leur tour le titre de notaires. Ils pouvaient rédiger seuls la minute des actes, mais non la grossoyer, privilège réservé aux tabellions. La minute, paraît-il, ne laissa pas que d'empiéter quelquefois sur la grosse, et réciproquement (édit de François Ier de 1542), jusqu'au jour où Henri IV mit fin à tous les démêlés en réunissant les fonctions de tabellion et de notaire (1597).

A la Révolution, le notariat formait une institution complète, pouvant se glorifier de nombreux et anciens services, et représentée, dans son ensemble, par les personnes les plus honorables. Si la Constituante le détruisit, ce fut donc moins par nécessité que pour suivre jusqu'au bout sa théorie d'une réforme générale. L'événement, d'ailleurs, le prouva bien. La nouvelle loi du 6 octobre 1791, reconnue presque impraticable, fut à peine exécutée, et les anciens notaires se maintinrent à peu près, sous le nom de notaires publics, jusqu'à la loi du 25 ventose de l'an XI (16 mars 1803).

Cette dernière loi, qui reconstitua le notariat à peu près sur ses anciennes bases, est encore aujourd'hui la loi fondamentale en cette matière.

1. Bounier, t. II, n° 462.

SECTION II

DE LA FORME CONSTITUTIVE DES ACTES AUTHENTIQUES.

§ I. — *Capacité et compétence de l'officier rédacteur.*

Comme nous l'avons vu plus haut, l'article 1317 du Code civil définit l'acte authentique : « celui qui a été reçu par officiers « publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a « été rédigé et avec les solennités requises ». Nous avons à reprendre en détail ces différentes conditions.

La première, c'est la capacité légale de la personne qui reçoit l'acte, c'est sa qualité d'officier public. Cette qualité peut, ou n'avoir jamais pris naissance, ou avoir cessé d'exister ; mais tous les cas ne sauraient être soumis à des règles identiques. Il a bien fallu garantir la bonne foi des parties contre certaines conséquences rigoureuses de la théorie pure.

Si c'est un simple particulier qui, sans droits aucuns, s'est arrogé le titre de notaire, aucun doute n'est possible. Les parties ont été bien imprudentes de se laisser prendre à une aussi grossière erreur. En pareil cas, elles ne peuvent guère accuser qu'elles-mêmes ; elles ont manqué gravement de circonspection et doivent en supporter sans atténuation toutes les conséquences : l'acte ainsi passé est radicalement nul et ne saurait avoir aucun effet. Mais cette éventualité est toute théorique, et il est tellement difficile de simuler avec succès le titre et les fonctions de notaire, que le fait, croyons-nous, ne s'est jamais réalisé.

Ce qui est moins invraisemblable et ce qui s'est en effet présenté, c'est le cas d'un notaire qui a bien été institué, mais dont l'institution, prise en elle-même, a été irrégulière. M. Bonnier cite le cas d'un notaire qui avait été nommé à Bône par un sous-intendant militaire, et n'avait pas même prêté serment. Les actes passés par ce notaire furent annulés par un arrêt de la Cour de Cassation du 9 mai 1842. Mais M. Bonnier, qui cite l'arrêt, semble attribuer l'annulation à l'appréciation des faits plutôt qu'à une règle fixe et rigoureuse. « Il est à croire, dit-il, que s'il y avait eu pres-

« tation de serment, la Cour eût été moins sévère. » D'où il paraît résulter que le principe pour lui, en cette matière, est de sauvegarder la bonne foi des parties, suivant qu'il leur a été plus ou moins facile de connaître le vice de l'institution.

Ce principe nous paraît, du reste, parfaitement juste, et c'est lui qu'on applique lorsqu'il s'agit d'un officier dont l'institution a bien été régulière, mais qui était personnellement incapable d'être investi de sa charge, par exemple, parce qu'il était étranger ou parce qu'il n'avait pas l'âge requis. Dans ce cas, avons-nous dit, on admet que l'absence des qualités et conditions générales d'aptitude chez l'officier public n'enlève pas aux actes passés par lui le caractère de l'authenticité. Au premier abord, cette doctrine paraît un peu paradoxale : elle repose cependant sur les motifs les plus sérieux et les plus raisonnables. Elle n'est pas nouvelle, d'ailleurs, et il s'en était présenté à Rome une application bizarre et célèbre à la fois. Un esclave, Barbarius Philippus, avait réussi par d'habiles manœuvres à dissimuler sa condition et à se faire nommer préteur. La fraude fut découverte. Mais comme le préteur incapable avait cependant exercé, en fait, ses fonctions, la question se posa de savoir quel serait le sort des actes passés sous sa magistrature. Ulpien, consulté, fit cette réponse : « *Quid dicemus? Quæ edixit, quæ decrevit nullius fore mo-* « *menti? An fore, propter utilitatem eorum qui apud eum ege-* « *runt vel lege, vel quo alio jure? Et verum puto nihil eorum re-* « *probari. Hoc enim humanius est, quum etiam potuit populus ro-* « *manus servo decernere hanc potestatem ; sed et si scisset servum* « *esse, liberum effecisset* ». Cette décision est souverainement juste et nous ne voyons aucune raison de ne pas nous y conformer de nos jours : le même motif d'intérêt public qui l'a inspirée subsiste. Là où l'autorité publique elle-même s'est trompée, comment faire un crime à un simple particulier de s'être laissé abuser à son tour ; comment surtout lui faire supporter les conséquences d'une erreur qu'il était dans l'impossibilité presque absolue de reconnaître? L'équité en serait profondément blessée, et c'est assurément le cas d'appliquer la maxime : « *Error communis facit jus* ». D'autant plus qu'aucun texte ne nous semble s'opposer à cette solution. L'article 68 de la loi de l'an XI, qui

énumère expressément les dispositions dont l'inobservation emporte nullité, ne vise ni l'article 35, relatif aux conditions générales de capacité, ni l'article 7, relatif à l'incompatibilité des fonctions de notaire avec certaines autres fonctions. Quant à l'article 1318 du Code civil, il nous semble faire seulement allusion à l'incapacité et à l'incompétence résultant de la loi ou d'une déclaration officielle de l'autorité, et non pas précisément d'un vice caché qui aurait échappé à cette autorité elle-même.

Voilà des cas où celui qui reçoit l'acte n'a jamais été capable. Il peut se faire, au contraire, qu'il l'ait été, mais ne le soit plus. C'est le cas où un notaire a été suspendu, destitué ou remplacé. A notre avis, c'est cette incapacité que vise directement l'article 1318. Aussi doit-on décider, sans hésiter, que les actes faits par un notaire dans ces conditions sont nuls comme actes authentiques. Cette incapacité, toutefois, ne peut être invoquée qu'à partir de la notification faite à l'officier de sa suspension, de sa destitution ou de son changement; par conséquent, tous actes faits antérieurement sont valables. Cette décision, adoptée par un arrêt de la Cour de Cassation du 25 novembre 1813, est en parfaite harmonie avec l'article 52 de la loi du 25 ventôse an XI, ainsi conçue : « Tout notaire suspendu, destitué ou remplacé, « devra, aussitôt après la notification qui lui aura été faite de sa « suspension, de sa destitution ou de son remplacement, cesser « l'exercice de son état ».

Il ne suffit pas que le notaire possède dans sa plénitude la capacité nécessaire pour être admis à remplir sa charge. Il faut encore, à un point de vue plus restreint, qu'aucun empêchement relatif ne vienne s'opposer à sa compétence.

Cet empêchement peut résulter de la parenté.

Ainsi la loi de ventôse (article 8) défend aux notaires de recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties. L'acte fait en violation de cette prohibition est nul.

Le même article défend encore aux notaires de recevoir des

actes dans lesquels ils seraient personnellement intéressés. Le motif d'une semblable disposition se comprend de lui-même, il est toujours imprudent de placer un homme entre son intérêt et son devoir. Grâce à la mauvaise construction de la phrase, on pourrait faire rapporter aux parents ou alliés ces mots qui terminent l'article : « ou qui contiendraient quelques dispositions en leur « faveur » ; mais il est évident, par le sens général, qu'ils visent exclusivement le notaire. Dans cette hypothèse encore l'acte sera bien nul ; mais il n'en faudrait pas conclure que l'article 175 du Code pénal sera toujours applicable. Cet article punit d'un emprisonnement de 6 mois à 2 ans tout fonctionnaire ou officier public qui aurait pris quelque intérêt que ce soit dans les actes dont il avait l'administration ou la surveillance. Or il peut se faire qu'un notaire, sans s'intéresser à l'acte lui-même, dont en effet il a la surveillance, s'intéresse néanmoins dans cet acte à un autre fait qu'il n'était nullement chargé de surveiller. Dans ce cas, l'acte sera nul, cela est incontestable ; mais le caractère particulier exigé par l'article 175 n'existe pas et ne permet pas d'appliquer cet article.

Il faut encore que l'acte, par son objet, rentre dans les attributions de l'officier qui le reçoit. Cela est évident. Ainsi serait nulle une citation donnée par un notaire, comme un contrat de mariage rédigé par un huissier.

Enfin, pour que l'acte puisse valoir comme authentique, il faut que l'officier ait instrumenté dans les limites de sa circonscription. Cette condition n'est pas nouvelle. Consacrée par un édit de novembre 1542, elle était appliquée rigoureusement dès cette époque. En dehors de son ressort, chaque notaire redevenait un simple particulier : « .... *cum tabelliones*, dit Boiceau [1], *extra « territorium, omnino privati censeantur* ». Mais cette règle n'était pas sans exception. Les notaires du Châtelet de Paris pouvaient instrumenter dans tout le royaume. Le même privilège appartenait aux notaires de quelques autres villes, et dans le dernier état de l'ancien droit, la règle que chaque notaire devait exercer dans les limites de son ressort n'était plus considérée comme pres-

1. Boiceau, *Preuve par témoins*, liv. II, ch. 4.

crite à peine de nullité : sa violation donnait lieu à une simple amende.

Nos lois n'ont point adopté cette doctrine et sont revenues à l'ancienne rigueur, sans admettre aucune exception. Serait nul, par conséquent, l'acte qu'un notaire aurait reçu hors des limites de son ressort. Ces limites sont déterminées de la manière suivante par la loi de ventôse, article 6 : Les notaires peuvent exercer :

Pour ceux des villes où est établie une Cour d'appel, dans toute l'étendue du ressort de cette Cour ;

Ceux des villes où il n'y a qu'un Tribunal de première instance, dans l'étendue du ressort de ce Tribunal ;

Ceux des autres communes, dans l'étendue du ressort du Tribunal de Paix.

§ II. — *Solennités exigées par la loi.*

1° Solennités relatives aux personnes qui doivent recevoir l'acte.

Le notaire supposé capable et compétent, il faut encore que l'acte, pour être authentique, soit reçu « avec les solennités requises », dit l'article 1317 du Code civil.

Parmi ces solennités, les unes sont relatives à la qualité des personnes qui reçoivent l'acte, les autres à sa forme matérielle et à sa rédaction. Nous allons étudier d'abord celles qui sont relatives aux personnes.

La prérogative considérable appartenant aux actes notariés de faire foi jusqu'à inscription de faux exigeait qu'ils fussent entourés de toutes les garanties possibles. Aussi la loi n'a-t-elle pas voulu abandonner aux mains d'un seul homme le droit de les recevoir. « L'homme est faible quand il est seul, dit M. Toullier, il peut « être facilement séduit ou induit en erreur ; il a moins de force « pour résister aux combats que l'intérêt ou la séduction livrent à « la probité et à la bonne foi. C'est pour soutenir, c'est pour fortifier le notaire, autant que pour l'éclairer, que la sagesse de la « loi l'a placé à côté d'un surveillant, devant lequel il rougirait de « se montrer faible, partial ou injuste. »

C'est le motif qui a inspiré l'article 9 de la loi de ventôse, por-

tant que « les actes seront reçus par deux notaires, ou par un « notaire assisté de deux témoins ».

Ce deuxième notaire, qu'on a qualifié de notaire en second pour le distinguer du notaire rédacteur, doit évidemment remplir les mêmes conditions que lui, au point de vue de la capacité et de la compétence. De plus, l'article 8 de la loi du 25 ventôse a édicté à son égard un cas d'incompétence spécial. Cet article défend aux notaires parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au 4e degré inclusivement, de concourir au même acte.

Mais la loi, tout en interdisant au notaire de concourir absolument seul à l'achèvement de l'acte, ne lui a pas cependant imposé d'une façon absolue l'assistance d'un de ses collègues et lui a laissé la faculté de le remplacer à son choix par deux témoins. Ce sont ceux que la loi nomme *témoins instrumentaires.*

Quelles conditions faut-il réunir pour être apte à remplir ces fonctions de témoins ? Après avoir dit que les actes seront reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, l'article 9 de la loi de ventôse ajoute : « Citoyens français, sachant « signer, domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte « est passé ».

Ils doivent donc d'abord être Français, c'est-à-dire remplir les conditions de naissance et d'origine qui sont exigées pour la possession de cette qualité, ou avoir été naturalisés d'après les modes établis par la loi. En d'autres termes, ils doivent jouir de leurs droits civils.

Ils doivent être citoyens, dit encore la loi. La qualité de Français ne suffit donc pas, il faut encore qu'ils soient capables d'exercer leurs droits politiques. Cette exigence de la loi ne saurait être mise en doute, malgré un arrêt contraire du 10 juin 1824, pour peu que l'on compare la rédaction de l'article 9 de la loi de ventôse avec celle de l'article 980 du Code civil. Ce dernier article n'exige des témoins aux testaments que la qualité de républicoles, mot remplacé, suivant les régimes, par ceux de sujets de l'Empereur, sujets du Roi. Cette qualification ne doit pas être confondue avec celle de citoyens français, et M. Joubert, dans son rapport au Tribunat, a fait ressortir cette différence en

ces termes : « Il suffit qu'ils (les témoins instrumentaires) jouis-« sent des droits civils, tandis que pour les actes publics ordinai-« res, où à la vérité il n'en faut que deux, il est indispensable « qu'ils jouissent des droits politiques ».

Mais à quoi reconnaîtra-t-on chez un homme la qualité de citoyen ? L'article 2 de la constitution de l'an VIII exigeait pour cela l'inscription pendant un an sur les registres civiques. Cette formalité a été abrogée par les constitutions de 1848 et de 1852. La règle générale à suivre aujourd'hui est, nous semble-t-il, de considérer comme citoyen français tout individu de 21 ans, n'ayant pas perdu sa capacité politique par suite d'une condamnation emportant dégradation civique ou d'une interdiction judiciaire.

L'incapacité des témoins ou seulement de l'un d'eux entraîne la nullité de l'acte où ils ont figuré. Cependant, si cette incapacité était généralement ignorée au moment où l'acte a été passé, si une erreur commune et publique attribuait au témoin la qualité nécessaire, dont il manquait en réalité, l'acte, quoique irrégulier au fond, sera maintenu en considération de la bonne foi des parties. Le témoin peut, par exemple, avoir autrefois encouru une condamnation le privant de ses droits politiques, ignorée de tous ceux avec lesquels il est actuellement en rapport. Il faut alors, comme nous l'avons déjà dit au sujet de la capacité putative du notaire, appliquer la maxime : *Error communis jus facit.* Cette maxime, toutefois, ne doit pas prendre une trop grande extension, et il est sage de la borner aux cas où la difficulté de vérifier la situation du témoin a été presque absolue. C'est du reste une pure question de fait.

Il en est de même pour la condition qui consiste à savoir signer, avec cette différence que son exécution se vérifie d'elle-même, à la seule inspection de l'acte. Ce fut l'ordonnance de Blois de 1579 qui, la première, exigea que les témoins d'un acte authentique sussent signer. Encore l'ordonnance n'exigeait-elle cette condition que d'un seul témoin, et pour le cas spécial où les parties elles-mêmes ne sauraient pas signer et où l'acte serait passé dans une ville ou gros bourg. Un arrêt de règlement du 4 septembre 1685 fut plus sévère et exigea la signature d'un témoin, à peine de nullité, en quelque lieu que fût passé l'acte, sans distinction. La loi de

ventôse a fait encore un pas de plus ; elle exige dans tous les cas que les deux témoins sachent signer. Il y a cependant dans notre législation une particularité qui rappelle l'ordonnance de Blois : en matière de testament authentique, la loi n'exige, dans les campagnes, que la moitié seulement des témoins sachant signer.

Enfin les témoins doivent avoir leur domicile dans l'arrondissement communal du lieu où l'acte est passé. Habitant le même pays, connaissant la plupart du temps les parties, ces témoins sont mieux à même d'apprécier la sincérité de leurs déclarations. De plus, les recherches sont plus faciles, s'il est nécessaire plus tard, l'acte étant contesté, de recourir à leur témoignage.

A côté de ces qualités positives exigées par la loi des témoins instrumentaires, il y a aussi des qualités négatives dont l'existence peut constituer une nullité.

Ainsi ne peuvent être témoins :

1° Les parents ou alliés soit du notaire, soit des parties contractantes, en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'à celui d'oncle ou de neveu inclusivement;

2° Les clercs ou serviteurs du notaire ou des parties. Ce qui constitue la qualité de clerc de notaire dans le sens de la loi, c'est uniquement le travail habituel dans l'étude d'un notaire. Il n'y a pas à se préoccuper de l'inscription sur le registre du stage comme d'une règle absolue, car il a été jugé, d'une part, que celui qui travaille habituellement dans l'étude d'un notaire doit être réputé clerc, alors même qu'il n'est pas porté au registre des clercs ; et d'autre part, que celui qui travaille chez un notaire, comme aspirant au notariat, mais sans être salarié, peut n'être pas réputé clerc [1].

Le principe qui a guidé la loi en prescrivant la présence du notaire en second ou des témoins instrumentaires a été, nous l'avons dit, l'importance exceptionnelle de l'acte authentique, qui empêchait de confier sa rédaction à un seul homme.

1. Brux. 12 avril 1810, et 20 mars 1811.

Il est certain que l'accord de deux ou trois personnes pour la falsification d'un acte est infiniment moins probable que la prévarication d'une seule, et les parties trouvent dans cette disposition une véritable et sérieuse garantie.

Mais pour que cette garantie conserve toute sa force, il faut que la présence du notaire en second ou des témoins destinés à le remplacer soit réelle.

Ce fut certainement, dès l'origine, la pensée du législateur ; cependant, malgré son utilité incontestable, jamais règle n'eut à lutter pendant tant de siècles contre une résistance aussi opiniâtre.

Philippe le Bel, l'un des fondateurs du notariat, énonça la règle en question pour la première fois en 1304. La pratique ne fut pas longue à éluder l'application rigoureuse de son ordonnance. En 1437 il devint absolument nécessaire d'en renouveler les prescriptions, et nous la retrouvons au XVII^e^ siècle complètement tombée en désuétude.

Ce n'est pas cependant que cet abandon ait eu lieu sans protestations. D'Aguesseau ne pouvait se résoudre à l'approuver. La pratique de son temps avait beau s'appuyer sur la jurisprudence, l'inflexible chancelier prenait résolûment le parti de la loi violée : « Quelque prévention que j'aie, dit-il, pour ce qui a paru juste au « plus grand nombre des juges, j'avoue que ces raisons font peu « d'impression sur mon esprit. Toute énonciation fausse qui se « trouve dans un acte suffit pour le faire regarder et condamner « comme faux, et surtout lorsqu'elle tombe sur ce qui appartient « à la forme essentielle de l'acte, comme la présence des témoins « instrumentaires de l'acte. Je sais que, par un mauvais usage, « il arrive souvent aux notaires de tomber dans la même faute « qu'on reproche ici à N***, et que lorsque le fait n'est point relevé, « les juges ferment les yeux sur cet abus, qui cependant ne devrait « pas être toléré ; mais toutes les fois que cet abus apparaît clairement aux yeux de la justice, et qu'il y a des preuves suffisantes de l'absence des témoins qu'on a employés comme présents « dans un acte, il n'est pas permis aux juges d'user de dissimulation à cet égard [1] ».

1. D'Aguessau, *Lettres*, t. IX, p. 120.

Des auteurs avaient pourtant essayé de justifier en droit cette violation flagrante de la loi, en s'appuyant sur une prétendue abrogation par le non-usage et la désuétude. Dans toutes les législations, dans tous les temps, disaient-ils, les lois ont été sujettes à tomber en désuétude, en tout ou en partie, par l'effet d'un consentement tacite des peuples : « *Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu per desuetudinem abrogantur*[1] ». Chose curieuse, c'est sur un passage de d'Aguesseau qu'ils appuyaient l'opinion combattue par lui. « Toutes les lois, avait dit le chancelier, sont sujettes à « tomber en désuétude, et il est bien certain que quand cela est « arrivé, on ne peut plus tirer un moyen de cassation d'une loi « qui a été abrogée tacitement par un usage contraire. Il ne faut « pas oublier cette règle du droit romain : *Inveterata consuetudo « pro lege non immerito custoditur* [2] ». Mais la faiblesse de leur raisonnement était évidente. Car, si l'absence du second notaire ou des témoins à la passation de l'acte était devenue une habitude invétérée, il n'en était pas moins toujours fait mention dans l'acte de cette présence comme si elle avait été effective. Or c'était là, comme le leur disait justement d'Aguesseau, une énonciation fausse qui devait vicier l'acte, tant que ne serait pas elle-même abrogée la règle que toute énonciation fausse rend l'acte nul.

Malgré la supériorité incontestable de d'Aguesseau sur le terrain purement théorique, ses adversaires, en fait, eurent raison jusqu'au bout. Pothier le constate à son tour : « Dans les actes « ordinaires, dit-il, on tolère qu'un notaire signe en second un « acte reçu par son confrère, auquel il n'a pas été présent ». Puis il reconnaît qu'on appliquait toujours la règle dans certaines circonstances, car il ajoute : « Mais lorsqu'un testament est reçu « par deux notaires, il est indispensable que les deux notaires y « soient présents. Le testament serait déclaré faux s'il était « prouvé que l'un des notaires l'eût signé sans être présent, et le « notaire serait très punissable. » Il en était de même pour les actes respectueux, les procès-verbaux d'offres réelles. C'était re-

1. L. 32, § 1, D. *de Legibus*.
2. D'Aguesseau, *Lettres*, t. IX, p. 446.

connaître, d'une part, que la règle était utile, puisqu'on la conservait pour des cas importants, et, d'autre part, qu'elle était toujours en vigueur, puisqu'il ressort des expressions mêmes de Pothier que son abandon ne fut jamais qu'une simple tolérance.

La loi de ventôse rétablit l'antique prescription de Philippe le Bel avec toute sa portée. Mais sa tentative échoua encore contre une invincible résistance, et les notaires retombèrent dans la pratique de faire simplement signer l'acte, par leur collègue ou les témoins, après sa rédaction.

Quelques esprits s'indignèrent, à l'exemple de d'Aguesseau. Toullier disait qu'il y avait là une nullité que les juges devraient nécessairement prononcer, et qu'un jugement qui ne le ferait pas devrait être soumis à la censure : « que les notaires, s'écriait-il, « que les témoins instrumentaires se tiennent donc pour avertis « qu'ils s'exposent à être poursuivis et condamnés comme faus- « saires, toutes les fois qu'ils signent des actes quelconques où « ils n'ont pas été présents [1]. »

Une simple négligence des notaires, un relâchement dans l'observation rigoureuse des règles de leur profession, eussent dû céder devant de telles protestations et un effort aussi prolongé. Mais les raisons qui soutenaient ici la coutume contre toutes les lois étaient plus graves et plus profondes. C'était d'abord la difficulté pratique considérable qu'il y avait à obtenir l'assistance effective de deux notaires. C'était ensuite, et bien plus encore, la répugnance invincible que nous éprouvons, en France, à admettre des étrangers dans le secret de nos affaires. Telle personne qui acceptera sans difficulté le notaire de son choix pour confident de ses actes les plus graves, ne se résoudrait jamais à faire partager cette confidence par tel autre notaire, que la nécessité des lieux pourrait souvent lui imposer comme notaire en second.

Une raison d'un autre ordre et non moins puissante rendait presque impossible le retour de la pratique à une stricte application de l'article 9 de la loi de ventôse. La violation était si ancienne et si générale, que c'eût été proclamer la nullité de presque tous les actes notariés passés en France depuis cette époque. « La

1 Toullier, VIII, n° 178.

« société serait bouleversée, disait Duranton, si la nullité des actes « authentiques pouvait être demandée pour cause de cette inob- « servation, et l'imagination s'effraie en songeant à l'innombrable « quantité d'inscriptions en faux et de demandes en nullité aux- « quelles donnerait lieu l'application littérale de la loi sur ce « point [1]. »

Toutes ces raisons pouvaient indiquer au législateur la nécessité de revenir sur une loi impraticable, mais il faut bien reconnaître qu'elles ne pouvaient, au fond, suppléer à l'abrogation de cette loi. Aussi cette interprétation était-elle combattue par tous les esprits sincèrement attachés à la stricte observation des règles. Toullier, dont nous citions plus haut un passage, fit un article spécial pour montrer qu'il n'était pas possible d'invoquer la désuétude de la loi, à moins de soutenir que le droit romain fût applicable chez nous.

Tant de protestations finirent par faire impression sur la jurisprudence. Déjà, en 1824, un arrêt de la Cour de cassation avait indirectement tranché la question en décidant : « qu'en droit, « l'on ne peut prescrire contre l'exécution des lois que le législa- « teur signale lui-même en les publiant, comme étant indispensa- « bles au bien de l'Etat et au maintien de la morale publique ; « que leur abrogation ne peut résulter que d'une loi ». Mais les cours d'appel, malgré cette décision, refusèrent souvent d'annuler les actes faits en contravention à la disposition de l'article 9 de la loi de ventôse, contrairement au texte formel de l'article 68 de la même loi, et si quelques-unes suivirent la doctrine de la Cour de cassation, beaucoup d'autres proclamèrent la validité et continuèrent d'invoquer une abrogation tacite de la loi.

Les choses en étaient là, lorsqu'un arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1841, suivi d'une autre décision conforme du 16 novembre de la même année, vint rappeler le notariat à l'exécution stricte de cet article 9 de la loi de ventôse.

On s'imagine facilement l'émotion que dut produire cette solution. Les intérêts privés s'alarmèrent, et, de fait, un si grand nombre d'actes se trouvaient de ce chef entachés de nullité, que

1. Duranton, XIII, n° 30.

jamais pareille arme n'avait été mise aux mains de la mauvaise foi et des rancunes particulières. Le notariat, de son côté, on le comprend, fut gravement préoccupé. Désormais la question ne pouvait être tranchée que par une loi, car il était bien certain, en fait, que la pratique ne pouvait céder, de sorte qu'on allait se trouver en face de ce scandale, d'un corps important de fonctionnaires publics en contradiction ouverte et permanente avec les décisions de l'autorité judiciaire.

On s'adressa donc au gouvernement, qui fit aussitôt préparer et présenter un projet. Ce projet, dont le but était de sauvegarder les intérêts compromis par l'application de la jurisprudence de la Cour de cassation, et aussi de régler l'avenir en cette matière, devint la loi du 21 juin 1843.

L'article 1er de cette loi défend : « d'annuler les actes notariés « passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI, « par le motif que le notaire en second ou les deux témoins ins- « trumentaires n'auraient pas été présents à la réception desdits « actes ». Voilà pour le passé. Pour l'avenir, l'article 1er, combiné avec l'article 3, décide que les actes pourront être reçus en l'absence du notaire en second ou des deux témoins instrumentaires.

L'article 2, § 1er, n'apporte d'exceptions à cette règle que pour la confirmer. Cet article décide, en effet : « qu'à l'avenir, les « actes notariés contenant donation entre-vifs, donation entre « époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testa- « ment, reconnaissance d'enfants naturels, et les procurations pour « consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçus con- « jointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de « deux témoins ». Même pour ces actes, la loi devient moins exigeante : « La présence du notaire en second ou des deux « témoins n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par « le notaire et de la signature par les parties ». Toutefois la mention de cette lecture faite en présence du notaire en second ou des deux témoins instrumentaires est exigée à peine de nullité.

Ainsi le législateur de 1843 donnait raison à la pratique, sans abroger complètement l'art. 9 de la loi du 25 ventôse de l'an XI, et modifiait cette loi en prétendant seulement l'interpréter.

En présence de cette décision, on a accusé le législateur de

manquer de logique. Il aurait dû faire, a-t-on dit, tout l'un ou tout l'autre, abroger l'art. 9, ou en rétablir la stricte application. Pourquoi ne prendre ni l'un ni l'autre parti ? Pourquoi rester dans une sorte d'équivoque, en exigeant toujours la signature après coup du notaire ou des témoins,dont on vient de juger la présence inutile? — Nous ne partageons point cet avis; nous trouvons que le législateur a été sage et logique. Faciliter autant que possible l'usage des actes notariés, en conservant tout ce qui peut offrir une garantie aux contractants, tel nous paraît être en effet le principe qui doit régir toute cette matière. Partant de là, il était sage de ne pas s'acharner au maintien d'une règle condamnée en fait par la pratique de plusieurs siècles ; et il était logique de conserver néanmoins de cette antique tradition tout ce qui, en s'accommodant à la pratique, pouvait constituer encore une garantie. Or ce que la loi a conservé est-il utile aux intérêts des parties? C'est ce que M. Philippe Dupin, dans son rapport à la Chambre des députés, a parfaitement démontré en ces termes : « La formalité de la signature après coup du second notaire ou « des témoins était sans inconvénient pour les parties et d'un « accomplissement facile pour les notaires. D'un autre côté, et « bien que ce ne soit pas une garantie puissante, cet usage a « cependant quelques avantages. Ainsi le notaire en second, sans « pénétrer indirectement dans le secret des actes, vérifie si les « formes extérieures sont observées, si le protocole est régulier, « si les renvois et l'énoncé des mots nuls sont exactement para- « phés, si l'acte ne contient pas des blancs ou des interlignes dont « on puisse abuser ; l'obligation d'imiter la signature du notaire « ou des témoins rendrait le faux plus difficile, si quelque main « était tentée d'en commettre, ou mettrait plus vite sur la trace « du crime. Enfin c'est un obstacle aux retranchements ou aux « intercalations de renvois qu'on voudrait faire par la suite, au « détriment des parties et du fisc. On n'a pas voulu enlever sans « motif ces garanties, quelque faibles qu'elles puissent paraître ».

2° Solennités relatives à la rédaction même de l'acte.

Nous avons épuisé ce qui concerne les personnes dont le concours doit contribuer à donner à l'acte le caractère authentique.

Il faut maintenant examiner les énonciations qu'il doit porter et les formes matérielles qu'il doit revêtir ; puis, une fois l'acte parfait, nous verrons quelles obligations incombent encore au notaire ; enfin nous dirons un mot des formalités spéciales, qui, sans être nécessaires à la validité intrinsèque de l'acte, sont cependant indispensables pour qu'on puisse le mettre à exécution.

A. — *Enonciations exigées à peine de nullité.*

1° *Date.* — La première de toutes ces énonciations, c'est la date (loi du 25 vent. an XI, art. 12, 2°). On conçoit cette importance : la date peut fournir une indication décisive sur l'état de capacité des parties, sur la validité des transmissions de droits qu'elles ont faites ou des obligations qu'elles ont contractées ; enfin elle présente toujours, au point de vue de l'identité de l'écrit, un intérêt considérable. Mais elle serait inutile si elle n'était complète. Elle doit comprendre :

L'année d'abord. Mais, seule, cette indication serait trop vague ; il faut y ajouter :

Le jour. La simple désignation du jour par son nom, lundi, mardi, etc., serait absolument insignifiante, puisque la succession de ces jours revient sans cesse et qu'on ne saurait à quel moment de l'année placer le lundi ou le mardi indiqué. Il faut donc forcément entendre le jour du mois et du quantième, car alors la précision du renseignement est absolue. Cependant il ne faudrait pas croire que cette formule, la meilleure de toutes assurément, soit sacramentelle. La seule chose exigée, c'est qu'on puisse connaître le jour exactement. Or cette désignation peut se faire d'une autre manière : on peut dire, par exemple, le jour de la Saint-Jean de telle année, et cela sera aussi clair que si l'on disait le 24 juin de cette même année. Cependant cette manière de dater les actes, très fréquente autrefois, ne se rencontre plus que rarement aujourd'hui.

Le lieu. Bien qu'il ne fasse pas partie essentielle de la date, en tant qu'indication chronologique, il est cependant fort utile toujours et même, en cette matière, indispensable à plusieurs points de vue. C'est le seul moyen que l'on ait de contrôler l'exécution

de la loi en ce qui concerne le domicile des témoins ou la compétence territoriale du notaire. Sur ce dernier point, ce contrôle est fort efficace, car : « En exigeant cette mention, dit M. Bonnier, « la loi force le notaire qui instrumenterait en dehors de son res- « sort, ou bien à faire un acte évidemment nul, s'il s'abstient « d'y insérer l'énonciation mensongère, ou bien, dans le cas « contraire, à faire un faux en dissimulant la nullité et à s'expo- « ser ainsi aux peines les plus graves[1] ». Le lieu est suffisamment indiqué par l'énonciation de la ville ou de la commune où l'acte est passé, sans qu'il soit nécessaire de désigner d'une manière spéciale la maison dans laquelle il a été reçu, ce que Dumoulin appelle le *locus loci*.

2° *Noms et demeure des témoins instrumentaires.* — Cette mention (art. 12, 2°) facilite les recherches, lorsqu'on a besoin par la suite d'appeler les témoins. De plus, c'est en la combinant avec l'indication du lieu fournie par la date, qu'on peut s'assurer si la prescription de la loi, qui veut que les témoins instrumentaires soient domiciliés dans la commune où l'acte est passé, a été exactement observée.

Dans le même ordre d'idées, la loi exige que le notaire énonce dans ses actes : son nom et le lieu de sa résidence. Sa signature, en effet, étant presque toujours illisible et ne fournissant aucune indication sur sa résidence, il faudrait le plus souvent se livrer à de longues et pénibles recherches, pour retrouver ces deux éléments de l'acte, pourtant si essentiels au point de vue de la compétence. Il faut qu'il énonce de plus les noms, prénoms, qualités et demeures des parties, et, au cas où elles ne seraient pas connues de lui, les noms des témoins appelés pour certifier leur identité (art. 11, 12, § 1 et 13). Mais ces différentes énonciations ne sont pas exigées à peine de nullité et n'ont pour sanction qu'une amende contre le notaire contrevenant. Toutefois il faut bien remarquer qu'à défaut de désignation suffisante des parties, l'acte pourrait, en fait, demeurer inefficace.

3° *Signatures des parties, des témoins et du notaire.* — a) *Signature des parties.* — Au moyen âge, la connaissance

1. Bonnier, t. II, n. 473.

de l'écriture était trop peu répandue et le cas où toutes les parties savaient signer trop rare, pour qu'on s'en préoccupât sérieusement. Aussi les parties n'étaient-elles pas obligées de signer, lors même qu'elles savaient le faire : l'écrivain se contentait d'énoncer leur nom, en face duquel elles apposaient leur sceau. C'est l'ordonnance d'Orléans de 1560 qui paraît avoir rendu la première la signature des parties obligatoire. La coutume contraire présentait en effet de graves inconvénients, et ce fut le grand nombre de faux qu'elle avait provoqués au XVI^e siècle qui motiva l'ordonnance de Charles IX.

Aujourd'hui la signature des parties constitue une des formalités essentielles des actes : jusqu'à ce qu'elle ait été apposée, il n'y a qu'un simple projet.

Cependant, exiger absolument et dans tous les cas la signature, c'eût été exiger l'impossible et interdire l'usage des actes notariés aux illettrés, c'est-à-dire à ceux qui, sous un certain rapport, en ont le plus grand besoin. Aussi la loi n'est-elle point allée jusque-là. Dans le cas où les parties, ou l'une d'elles, ne pourraient ou ne sauraient signer, elle se borne à exiger la mention de cette impossibilité. Mais cette mention, destinée alors à remplacer une signature sans laquelle l'acte n'aurait aucune valeur, devient à son tour indispensable. (Art. 14-68.)

b) *Signature des témoins.* — Jusqu'à l'ordonnance de 1560, la signature des témoins n'était pas plus requise que celle des parties : les mêmes raisons de fait s'y opposaient. Mais l'utilité était non moins évidente, et l'ordonnance qui statuait sur la signature des parties, ne pouvait passer sous silence celle des témoins. L'article 84 de l'ordonnance porte que : « Les notaires seront « tenus de faire signer aux parties et aux témoins instrumentai- « res tous actes et contrats qu'ils recevront, dont ils feront ex- « presse mention, à peine de nullité desdits actes ou contrats et « d'amende arbitraire... Et en cas que les parties ou les témoins « ne sauront signer, les notaires ou tabellions feront mention de « la réquisition par eux faite aux parties et témoins de signer et « de leur réponse qu'ils ne savent signer. »

Rappelons que l'ordonnance de 1560 n'exigeait la signature des témoins que pour les actes passés dans les villes ou dans les

gros bourgs, ou par une partie ne sachant pas signer ; encore l'article 166 de l'ordonnance de 1579 n'exigeait-il, dans ce cas, que la signature d'un seul témoin. En 1685, un arrêt de règlement étendit à tous les cas cette nécessité d'au moins une signature, et la loi de ventôse exige désormais que les deux témoins instrumentaires puissent signer l'acte et le signent en effet (art. 9 et 14).

c) *Signature du notaire.* — C'est cette signature qui opère le complément et la perfection de l'acte en garantissant toutes les autres.

A l'origine, les notaires, simples instruments de rédaction employés par les parties, ne signaient pas les actes écrits par eux et n'y laissaient aucune trace de leur intervention. Une ordonnance de Philippe le Bel, du mois de juillet 1304, ordonna aux notaires d'apposer aux actes leurs seings, *signa sua*. Mais il ne s'agit pas encore là d'une véritable signature, formée par l'expression du nom. Ces seings ou *signa* étaient plutôt le paraphe ou marque particulière du notaire. La première ordonnance qui, outre le seing du notaire, exige la suscription de son nom, est celle de Charles V en 1358. Des ordonnances postérieures, notamment celle de 1560, vinrent la confirmer. En pratique, la signature du notaire, devant certifier toutes les autres et les couvrir de sa propre autorité, ne se place qu'après celle des parties et des témoins.

4° *Mention de ces signatures.* — L'article 14 de la loi de ventôse, qui prescrit ces différentes signatures, ne borne pas là ses exigences ; les actes doivent porter, en outre, la mention qu'elles ont été données (art. 14).

Bien que la loi demande indistinctement la signature des parties, des témoins et du notaire, on a douté qu'il fût nécessaire de mentionner la signature de ce dernier, laquelle est par elle-même authentiquement constatée. Par suite de l'application rigoureuse de l'article 14, il avait été jugé qu'un acte qui ne contient pas la mention de la signature du notaire est nul ; mais, depuis, on a pensé qu'il y avait peut-être là quelque chose d'excessif, et la Cour de cassation a admis cette dernière interprétation [1].

D'après le texte que nous avons cité plus haut de l'ordonnance de 1560, quand les parties ne savaient pas signer, il

1. Cass. 16 mars 1812.

fallait que l'acte contînt la réquisition adressée par le notaire à cette partie et sa réponse qu'elle ne savait pas signer. La loi de ventôse est moins exigeante, et il suffit qu'une mention indique l'impossibilité dans laquelle s'est trouvée la partie (art. 14, *in fine*).

L'existence matérielle de toutes ces signatures ne couvrirait pas la nullité résultant de l'absence de mention.

Enfin, l'art. 13 exige, mais non à peine de nullité, que l'acte porte que lecture a été faite aux parties de ce qu'il contient.

B. — *Forme matérielle de l'acte.*

Pour prévenir plus sûrement la fraude, le législateur a réglé jusqu'à l'apparence que doit avoir l'acte, jusqu'à son aspect matériel. « Les actes des notaires, dit l'article 13 de la loi de ven-« tôse, seront écrits en un seul et même contexte, lisiblement, sans « abréviation, blanc, lacune ni intervalle... ils énonceront en toutes « lettres les sommes et les dates. » Toutes ces dispositions se passent de commentaires. Du reste, leur inobservation n'entraînerait pas la nullité de l'acte, mais rendrait seulement le notaire contrevenant passible d'une amende.

Les dispositions de l'article 15 concernent les renvois et apostilles. Généralement, ils doivent être écrits en marge de l'acte et, dans ce cas, paraphés, tant par les parties que par les témoins ou par les notaires. Cependant la longueur d'un renvoi peut exiger qu'il soit mis à la fin de l'acte ; la loi exige alors une formalité de plus, une approbation spéciale de la part des parties. L'inobservation de ces formalités n'entraîne pas la nullité de l'acte, mais elle rend nulles les dispositions contenues aux renvois et apostilles qui n'ont pas été régulièrement approuvés.

L'article 16 ajoute : « Il n'y aura ni surcharge, ni inter-« ligne, ni addition dans le corps de l'acte, et les mots surchar-« gés, interlignés ou ajoutés sont nuls ». La sanction de cette prohibition est donc la nullité des mots surchargés, interlignés ou ajoutés, plus une amende pour le notaire. La raison de cette nullité, c'est que les mots qui ne font pas complètement corps avec l'acte ont pu être écrits après coup par le notaire, soit qu'il se soit aperçu de leur omission, soit qu'il ait agi à la sollicitation de l'une des parties.

Quant aux mots rayés, ils sont régis par la fin de ce même article 16 : « Les mots qui devront être rayés, le seront de manière « que le nombre puisse en être constaté à la marge de leur page « correspondante ou à la fin de l'acte, et approuvés de la même « manière que les renvois écrits en marge ». Ainsi, pour qu'un mot rayé soit considéré comme nul par la loi, il faut nécessairement que sa radiation ou rature ait été approuvée. Cela se conçoit aisément ; il n'a pas pu dépendre, en effet, du notaire ou de tout autre entre les mains duquel viendrait à tomber la minute, d'en annuler les dispositions essentielles, en rayant les mots qui les exprimeraient.

Ce danger des mots rayés était assurément le plus à craindre de tous ceux qui pouvaient menacer l'intégrité d'un acte. Aussi, la loi a-t-elle été fort sage en ne les validant que sur une approbation formelle.

Est-ce à dire cependant que, dans tous les cas possibles, les ratures non approuvées seront nulles? Une distinction est ici nécessaire. Les ratures ont pu être faites soit par des tiers, soit par les parties ou de leur consentement;—elles peuvent être soit antérieures, soit postérieures à la perfection de l'acte.

Faites par des tiers, de quelque nature qu'elles soient, à quelque moment qu'elles se soient produites, elles sont toujours et absolument nulles.

Faites par les parties et antérieures à la perfection de l'acte, si nous raisonnons en théorie pure, nous devrons les considérer comme valables, car elles ont été couvertes par l'approbation générale et subséquente de l'acte, résultant de la signature de ces mêmes parties. Postérieures, au contraire, elles ne peuvent avoir aucun effet, car ce qu'a voulu la loi, c'est précisément qu'on ne pût toucher sans des garanties spéciales à un acte définitif et achevé. Mais, en pratique, la difficulté consiste précisément à connaître le moment où la rature a été faite. On n'a d'autre ressource pour décider que les présomptions ; mais comment faut-il raisonner ?

Doit-on dire qu'elles sont présumées faites avant la perfection de l'acte, en s'appuyant sur ce principe que les actes authentiques font foi jusqu'à inscription de faux de tous les faits qui y

sont constatés, et qu'une pareille rature est un fait qui tombe sous l'application de la règle ? Il y a contre cette théorie une objection difficile à écarter : pour faire foi, l'acte authentique doit être régulier ; or celui-là ne l'est pas.

Doit-on, au contraire, décider que le défaut d'approbation des ratures est une preuve, ou tout au moins une forte présomption qu'elles n'existaient pas au moment de la signature, car sans cela le notaire serait présumé en faute, ce qui ne doit pas avoir lieu ? C'est la solution que nous croyons la meilleure. Elle offre un véritable intérêt pratique ; car si, en l'absence de toute preuve, on supposait les ratures existant sur un acte, antérieures à sa perfection, il suffirait de la malveillance d'un tiers quelconque, accidentellement détenteur de la minute, pour détruire les droits les plus importants.

En résumé, on peut poser en principe que toute rature non constatée ni approuvée doit être considérée comme nulle dans l'intérêt des parties, qui sont censées n'y avoir point consenti.

C.— *Obligations du notaire, une fois l'acte achevé.*

Une fois l'acte complet, parfait, le notaire n'a pas encore rempli toutes les obligations que la loi lui impose. L'art. 20 de la loi de ventôse lui ordonne de garder minute des actes qu'il a reçus, et l'art. 22 lui défend de se dessaisir de cette minute, « si ce n'est dans les cas prévus par la loi et en vertu d'un jugement ».

La conséquence de ces deux obligations, de dresser minute des actes, d'une part, et de ne point se dessaisir de cette minute, d'autre part, a été de faire attribuer aux notaires le droit de délivrer des copies ou expéditions, droit réglementé par la loi du 25 ventôse de l'an XI (art. 21).

Cependant, la minute n'est pas exigée pour tous les actes. Il en est qui peuvent être rédigés en brevet, c'est-à-dire qu'il n'en est dressé qu'un seul exemplaire qui est remis aux parties. Ces actes sont appelés actes simples, et les principaux sont les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de fermages, de loyers, de salaires, arrérages de pensions et rentes (art. 20, *in fine*).

Enfin les notaires doivent faire enregistrer tous leurs actes dans un délai déterminé. (Loi du 22 frimaire an VII.) L'inobservation de cette formalité, d'un caractère purement fiscal, n'entache en aucune façon la validité de l'acte et ne l'empêche de jouir de l'authenticité ni relativement à sa date, ni relativement à son contenu.

D. — *Formalités relatives à l'exécution de l'acte.*

Ces formalités, que M. Bonnier qualifie d'extrinsèques, sont, en effet, beaucoup moins importantes que les autres et ne touchent en rien à la validité de l'acte. Elles laissent entière sa foi probante et n'ont trait qu'à sa force exécutoire. Mais qu'est-ce qu'un droit, si on ne peut le mettre en œuvre et le faire valoir au besoin contre la mauvaise foi? En langage juridique, un droit désarmé est presque un droit nul, et, à ce point de vue, les formalités dont nous allons parler ont une portée considérable.

Comme nous l'avons vu, la minute doit rester entre les mains du notaire : on ne peut donc se servir de l'acte qu'au moyen d'une copie délivrée par lui.

Ces copies se nomment *expéditions*. Toute expédition doit être signée du notaire, à peine de nullité. De plus, si l'expédition est destinée à être employée hors de certaines limites, il est nécessaire que cette signature soit légalisée. Ces limites sont, pour les actes reçus par un notaire résidant au siège d'une Cour d'appel, le ressort de cette Cour ; pour les actes reçus par les autres notaires, les limites du département où ils résident. Quant à la légalisation, elle peut être donnée par le président du tribunal civil de l'arrondissement, ou par le juge de paix du canton. Du reste, l'absence de légalisation ne constitue pas une nullité absolue ; elle permet seulement à la partie attaquée, de s'opposer à l'exécution.

Voici les conditions nécessaires à toutes les expéditions. Mais ces expéditions elles-mêmes peuvent être de deux sortes, et les unes sont spécialement destinées à l'exécution, tandis que les autres ne constituent, à proprement parler, que de simples copies autorisées.

La première expédition, la seule qui porte exécution parée, et

qui permette de mettre à son service la force publique, c'est *la grosse :* ce nom, opposé à celui de *minute*, lui vient de ce qu'on l'écrit en plus gros caractères.

Nous avons dit quelques mots, au début de cette étude, de l'exécution parée et de son origine. Nous avons vu comment elle venait de la confusion qui exista si longtemps entre les fonctions de greffier et de notaire, le notaire ayant gardé pour ses actes la même formule qu'il employait comme greffier. Cette habitude, du reste, reposait moins sur une fiction que sur une réalité ; c'était bien un jugement que rédigeait le notaire, un jugement par lequel les parties se faisaient condamner volontairement et d'avance, pour couper court aux difficultés et aux longueurs d'une procédure postérieure. L'acte n'était donc exécutoire qu'en tant que jugement.

Il était plus simple de le rendre exécutoire par lui-même. C'est ce que fit d'abord l'ordonnance de 1539, qui disposa que les lettres obligatoires passées sous le scel royal seraient exécutoires sur tous les biens meubles et immeubles des obligés. Mais, tout en leur enlevant le caractère judiciaire, on laissa subsister dans les actes notariés la formule primitive qui leur venait des jugements, et leur resta commune avec eux.

Cette formule, qui porte aujourd'hui le nom de formule exécutoire, est la formalité essentielle, spéciale à la grosse et constituant seule sa force particulière.

Elle fut d'abord établie par la loi du 16 octobre 1791. Mais cette loi ayant été abolie par celle du 22 septembre 1793, aucune autre formule ne lui fut substituée, et les actes de cette période purent être exécutés sans cette condition. Ce fut seulement la loi du 25 ventôse de l'an XI qui la rétablit. Elle est aujourd'hui exigée à peine de nullité de l'exécution : « Nul jugement ni acte ne « pourront être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitulé « que les lois et ne sont terminés par un mandement aux officiers « de justice » (article 545 du Code de procédure civile). D'après un décret du 16 septembre 1870, l'intitulé actuellement en vigueur commence par ces mots : « La République française, au nom du peuple français », et le mandement par ceux-ci : « En conséquence, la République mande et ordonne », etc.

Nécessairement, la formule exécutoire a été modifiée à chaque changement de gouvernement, puisqu'elle est conçue au nom du souverain régnant en France au moment de l'acte. Mais quant aux expéditions délivrées sous un régime antérieur et portant, par conséquent, une formule abolie, est-il nécessaire de les faire revêtir après coup de la formule exigée au moment où on veut les mettre à exécution ? Cette question a reçu des solutions diverses. Jusqu'à la Restauration, on ne modifia point la formule exécutoire. Une ordonnance du 30 août 1815 exigea au contraire cette modification à peine de nullité. Le gouvernement de 1830, mieux inspiré suivant nous, revint à la pratique d'avant la Restauration. Mais ce retour fut de courte durée, et les gouvernements de 1848, de 1852 et de 1870 exigèrent de nouveau, pour l'exécution des actes antérieurs, que la formule fût remise en harmonie avec l'état de choses existant. Toutefois, à la différence de la Restauration, ils n'exigèrent pas ce changement à peine de nullité. Nous vivons donc actuellement sous l'empire de cette dernière règle.

L'ordonnance de 1539 exigeait encore, outre l'intitulé, l'apposition du sceau royal sur l'acte que l'on voulait exécuter. Même avant la Révolution, le sceau devint une formalité purement fiscale. Aujourd'hui, les droits de sceau sont abolis, et le sceau dont parle l'article 27 de la loi de ventôse est un simple signe de reconnaissance, dont l'absence n'entraîne point nullité de l'exécution.

D'autres formalités étaient exigées autrefois : le visa et le contrôle. Le visa était nécessaire toutes les fois qu'on voulait exécuter l'acte au delà du ressort où il avait été rendu. Il fallait alors, suivant les cas, soit un *pareatis* du grand sceau de la chancellerie royale, soit un *pareatis* spécial de la chancellerie du Parlement dans le ressort duquel on voulait exécuter, soit simplement le visa du juge du lieu de l'exécution. Cette formalité fut abolie par la loi du 16 octobre 1791, reproduite par l'article 547 du Code de procédure civile.

Quant au contrôle, il était indispensable, parce que seul il assurait la date de l'acte. L'enregistrement, qui l'a remplacé, eut un instant le même caractère ; mais la loi du 22 frimaire an VII cessa d'en faire une condition de validité et le réduisit, avec raison, à une

simple mesure fiscale, en décidant que son absence donnerait seulement lieu à une amende.

SECTION III.

DE LA FORCE PROBANTE DES ACTES AUTHENTIQUES.

Le caractère qui distingue profondément l'acte authentique de l'acte sous seing privé, c'est qu'il porte en lui-même sa preuve, c'est qu'il est son propre témoin et fait foi par le seul fait de son existence. Il se suffit à lui-même et n'a besoin d'être corroboré ni par une reconnaissance, ni par une vérification d'écriture : *acta probant seipsa*, suivant l'énergique expression de Dumoulin.

C'est là, avons-nous dit, le caractère distinctif de l'acte authentique, c'est aussi ce qui constitue sa grande utilité. Celui qui possède un tel acte n'a plus à craindre ni les dénégations intéressées de la partie adverse, ni les dépositions, hélas ! trop fréquentes, des mauvais témoins. Ses droits sont consignés et comme déposés en lieu sûr ; si on les méconnaît, il n'a qu'à montrer son titre, et sa preuve est parfaite.

Cependant il ne faudrait pas croire, comme il arrive souvent, que cette preuve s'étende également à toutes les parties constitutives de l'acte, les embrasse dans leur ensemble aussi bien que dans leur détail, et soit enfin à elle seule une réponse suffisante à toutes les critiques dont il peut être l'objet. La règle : *acta probant seipsa*, est loin d'avoir une portée aussi générale. Absolue sur certains points et n'admettant alors aucune preuve contraire, en dehors de l'inscription de faux, il est d'autres parties de l'acte qu'elle cesse de couvrir, pour les laisser sous l'empire du droit commun.

Or un acte est chose complexe, les éléments qui le composent peuvent être nombreux et divers. Il est donc nécessaire de poser des règles qui permettent de classer ces éléments au point de vue de leur force probante. C'est seulement après les avoir distingués, que l'acte apparaîtra avec sa vraie physionomie, ni plus faible, ni plus fort qu'il n'est en réalité, et que celui qui l'aura

en main, pourra s'en servir utilement pour l'attaque ou pour la défense.

Cette recherche n'est pas sans difficultés. Très simple de loin, la théorie, comme toujours, se complique dès qu'on s'en rapproche et qu'on veut l'appliquer aux faits. Des équivoques de langage, des termes impropres, difficiles à éviter et reproduits par la loi, n'ont pas peu contribué à la confusion. A en croire Dumoulin, plusieurs bons esprits de son temps s'y seraient souvent laissés prendre. Plaçons-nous donc en face d'un acte authentique et prenant pour guide le puissant logicien, demandons-nous ce que cet acte va prouver.

D'abord, il se prouve lui-même. Mais qu'est-ce à dire? Se prouve-t-il avec une égale force à tous les points de vue et dans tous les détails? Encore une fois, non. Ce qu'il prouve tout d'abord, *prima facie*, c'est simplement son identité, c'est qu'il est réellement émané du notaire dont il porte la signature. Voilà toute la portée et la vraie signification de la règle : *acta probant seipsa.*

Ainsi, voici un acte de vente, par lequel j'ai acheté, il y a dix ans, une pièce de terre. Ma propriété est contestée, ou bien l'on s'oppose à l'exécution d'une des clauses du contrat. Je produis mon acte : que prouve-t-il à première vue? Jusqu'à inscription de faux, il prouve qu'il a bien été reçu par M. X., notaire à D.

Cette première preuve, si restreinte qu'elle paraisse, est cependant d'une extrême importance ; c'est d'elle que toutes les autres vont découler. Car dès qu'il est certain que l'acte présenté par moi est bien l'œuvre du notaire X., il reste seulement à savoir ce que le témoignage de ce notaire peut lui-même prouver.

Le notaire n'est point partie dans les actes qu'il rédige, la loi le lui défend. Il n'est qu'un témoin, et son acte n'est, pour ainsi dire, que sa déposition écrite. Mais ce n'est pas un témoin ordinaire. La loi l'a revêtu d'un caractère officiel ; elle veut qu'il ne soit pas permis de contester à la légère sa véracité, elle tient, en principe, pour vrai tout ce qu'il énonce.

Cependant, puisqu'il est un témoin, il ne saurait prouver en dehors des conditions et des règles essentielles à tout témoi-

gnage. Un témoin certifie ce qu'il a vu et entendu, le fait dont ses sens ont été frappés : voilà ce dont il fait foi par lui-même. S'il vient à rapporter ce qu'un autre a vu, son autorité diminue ; elle n'a plus qu'une valeur d'emprunt, incertaine, discutable, presque nulle dans beaucoup de cas.

Le notaire, témoin officiel institué par la loi, est soumis aux mêmes règles. Ce qu'il prouve, c'est tout ce qu'il a vu et entendu, tous les faits qui se sont passés en sa présence. Voilà des déclarations auxquelles, par le fait même qu'il les produit, il imprime le caractère de l'authenticité.

Cette règle subit toutefois une exception imposée par la nature même des choses. La prérogative du notaire étant exceptionnelle et créée pour des circonstances bien déterminées, devait être limitée dans son application. Aussi, tandis qu'en règle générale on témoigne *de tout ce qu'on a pu constater*, le notaire ne peut témoigner comme tel, c'est-à-dire authentiquement, que des faits *qu'il avait pour mission de constater*. En dehors de ces limites, il redevient un témoin ordinaire, qui ne saurait donner à ses écrits aucune espèce d'authenticité. Bien entendu encore, il faut que le notaire agisse en cette qualité, c'est-à-dire qu'il soit dans l'exercice de ses fonctions ; il est évident que, sans cela, il n'est plus qu'un simple particulier.

Ce qui rentre dans les attributions du notaire, ce qu'il a pour mission directe et expresse de constater, ce sont les déclarations faites par les parties, tout ce qu'elles disent, déclarent, accomplissent en sa présence, relativement à l'acte et considéré au simple point de vue du fait matériel. Mais quant à la sincérité de ces déclarations, la bonne foi des contractants, leur intention déterminante, leur état de raison ou d'ivresse, le notaire ne peut qu'exprimer son opinion personnelle, et ce qu'il en dira n'aura pas d'autre valeur. Par exemple, il s'agit d'un testament : le notaire qui le reçoit affirme, comme cela se fait très souvent dans la pratique, que le testateur lui a paru sain d'esprit. C'est là une attestation qui peut bien, à la vérité, tirer une plus ou moins grande importance de l'honorabilité reconnue de son auteur ; mais, encore une fois, elle n'a aucun caractère officiel, et quiconque y a intérêt

peut, sans passer par l'inscription de faux, y opposer une preuve contraire.

La même faculté appartient sans aucun doute à celui qui, tout en reconnaissant la réalité de la déclaration quant au fait, se contente d'en contester, au fond, la sincérité. Le bon sens suffit à indiquer l'intérêt capital qu'il y a à ne réputer véridiques les déclarations ou stipulations consignées par l'officier public que jusqu'à preuve contraire.

Est-ce qu'il n'est pas possible, en effet, que cet officier ait été trompé lui-même? Les déclarations des parties peuvent être erronées, elles peuvent être simulées à dessein et avoir été concertées dans le but de couvrir une fraude. Or cette fraude, quel moyen le notaire aura-t-il de la découvrir? Malgré sa science, malgré sa probité, malgré son zèle, il peut se faire que certains moyens de constatation lui manquent et qu'il soit dans l'impossibilité radicale d'éviter l'erreur qu'il va consigner. Ne pas admettre dès lors la preuve contraire, serait certainement commettre une injustice. La logique, du reste, autant que l'équité commande cette solution. Car, enfin, cet acte où le notaire a écrit, d'après les parties, des dispositions entachées, à son insu, de violence ou de dol, est-il faux? Non. En tant qu'acte, il est parfaitement régulier, et le notaire, témoin officiel, a rempli toute sa mission en reproduisant fidèlement, comme un écho, la déclaration des parties. Ce qui est nul, c'est la convention elle-même. L'acte contient la convention comme une coupe contient un liquide : dans l'espèce qui nous occupe, le contenant est intact, c'est le contenu qui est empoisonné. C'est donc à ce contenu qu'il faut s'en prendre ; c'est la convention que la partie lésée doit attaquer par les moyens que la loi a appropriés à cet effet, l'action en nullité ou en rescision. Il est vrai que, si la convention est annulée, l'acte tombe ; mais ce n'est pas à cause d'un vice qui lui était inhérent, c'est par voie de pure conséquence : une fois vide, la coupe devient inutile.

Ce que prouve l'acte jusqu'à inscription de faux, c'est donc uniquement les faits qui se sont passés en présence du notaire agissant comme tel et dans les limites de ses attributions. Voilà le criterium qui doit indiquer, en toute circonstance, jusqu'où s'étend la force authentique d'un acte.

Dumoulin l'avait admirablement compris. « *Acta probant seipsa*, « disait-il, *id est rei taliter gestæ fidem faciunt inter quoscumque.* » Et il ajoutait : « *Quod ego intelligo et limito esse verum, ad limites et substantiam facti, tempore instrumenti gesti et in ejus tenore contenti et affirmati* [1] ».

Malheureusement, la théorie si judicieuse de Dumoulin ne fut pas toujours parfaitement comprise. Pothier lui-même semble avoir commis sur ce point une confusion, et quant aux rédacteurs de l'article 1319 du Code civil, ils ont commis une véritable inexactitude en écrivant ces mots : « L'acte authentique fait foi *de la* « *convention* qu'il renferme ». Ce n'est pas de la convention, considérée en elle-même et qui, nous l'avons vu, peut être nulle bien que régulièrement constatée, mais bien seulement du fait qui donne naissance à la convention. M. Toullier a parfaitement exprimé cette idée en disant : « L'acte ne fait foi que de la convention, que « parce que cette convention est un fait qui se passe en présence « du notaire [2] ».

En résumé et par l'application de ces règles, on voit que l'authenticité doit s'étendre à la date, aux signatures, à toutes les formalités que l'acte mentionne comme ayant été accomplies, à tous les faits, en un mot, dont le notaire, suivant l'expression très connue de Dumoulin : « *Notitiam et scientiam habet propriis sensibus visus et auditus* [3] ».

L'inexactitude que nous venons de relever dans la rédaction de l'art. 1319 n'est pas la seule. Il en existe une seconde, d'une portée plus grave, car elle paraît toucher au fond du droit, tandis que la première peut s'expliquer, somme toute, par une confusion de langage.

« L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il ren- « ferme, dit l'art. 1319, entre les parties contractantes et leurs « héritiers ou ayants cause. »

Voilà qui est formel ; les tiers sont exclus. A leur égard, nulle

1. Dumoulin, *Cout. de Paris*, t. I, nos 8 et 9.
2. Toullier, VIII, no 147.
3. Dumoulin, *loc. cit.*, no 64.

foi probante ; l'acte authentique est comme non avenu et devient une simple preuve ordinaire, sans autorité spéciale, soumise à toutes les contradictions : ce qui est invinciblement prouvé entre les contractants est, vis-à-vis des tiers, comme s'il n'existait pas.

Cette affirmation paraît choquante au premier abord, et en même temps on sent d'instinct qu'il y a quelque chose de vrai dans cette indépendance des tiers vis-à-vis d'un acte intervenu entre particuliers. Ces deux sentiments ne seraient-ils pas susceptibles de se justifier l'un et l'autre?

Prenons encore une fois Dumoulin pour guide. Il pose en principe que l'acte authentique prouve à l'égard de tous : « *Quoad « veritatem seu probationem, plenam fidem facit quoad omnes; « nedum inter patronum et clientem, vel eorum heredes, vel cau- « sam habentes, sed etiam contra quoscumque extraneos* [1] ». Que deviendrait en effet l'utilité du notariat, si l'autorité du témoignage officiel restait enfermée dans les limites étroites des parties et ne prouvait plus rien à l'égard des tiers? En quoi une pareille preuve serait-elle plus solide, plus énergique, plus avantageuse qu'une simple reconnaissance privée? Dans tous les cas, si, *inter partes*, on pouvait lui trouver quelques avantages, il faut avouer qu'ils ne suffiraient pas à justifier la confiance publique dont les actes authentiques sont entourés. Oui, il faut que l'acte authentique prouve à l'égard de tous ; car, au fond, qu'est-ce que l'authenticité, sinon l'autorité même de la loi se communiquant aux actes des particuliers? Dire : cet acte est authentique, c'est comme si l'on disait : au nom de la loi, vous tiendrez cet acte pour vrai. Or la loi est générale ; quand on parle au nom de la loi, on parle à tous.

Cependant il faut, la raison l'exige, qu'il y ait une différence entre les parties et les tiers. La loi, avons-nous dit, parle à tous : de plus, elle s'applique à tous, elle est exécutoire pour tous. — L'acte notarié, loi particulière que se sont imposée les parties, parle aussi à tous, mais il ne s'applique qu'aux parties, il n'est exécutoire que pour elles. Les parties sont obligées et les tiers ne le sont pas. Voilà la grande différence !

1. Dumoulin, *Cout. de Paris*, t. I, nos 8 et 10.

A y regarder de plus près, cette différence s'explique d'elle-même, et l'on voit chacun de ces deux effets découler d'une source parfaitement distincte. La foi probante vient de l'acte et de l'acte seul ; c'est son but, son effet propre, et cet effet s'impose aux tiers aussi bien qu'aux parties. La force obligatoire vient, non pas de l'acte, mais de la convention qui y est constatée, et dès lors on retombe sous l'empire naturel de l'article 1105, qui porte : « que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ».

Ainsi se combinent, ou plutôt s'appliquent côte à côte, sans se contredire un instant, deux grandes règles également absolues : « *acta* « *fidem faciunt inter quoscumque* », c'est la foi probante ; « *res inter* « *alios acta neque nocet, neque prodest* » : c'est la force obligatoire.

L'article 1319 est donc le produit d'une regrettable confusion entre ces deux effets de l'acte authentique. En statuant sur la force probante, les législateurs n'avaient en vue que l'exécution ; ce qui le prouve, c'est la fin de ce même article 1319 : « Néanmoins, en cas de plainte en faux principal, *l'exécution* de l'acte argué de faux sera suspendue.... etc. » ; et ils ne se sont pas aperçus qu'ils confondaient là deux éléments qu'il était impossible de réunir sous la même règle.

Ils n'étaient pas d'ailleurs les premiers à commettre cette confusion, et Dumoulin la reprochait aux docteurs de son temps en termes énergiques : « *Et ita exponenda sunt dicta doctorum, ubi-* « *cumque perfunctorie et crasse (ut plerumque solent) loquendo, di-* « *cunt instrumentum publicum inter extraneos non probare, quia id* « *verbum probare, per catachresin, sive improprie, pro jus efficere,* « *sive præjudicare accipitur ; cæterum vere et proprie loquendo,* « *publicum instrumentum erga omnes est æque publicum et* « *probans.* »

Pothier était trop bon jurisconsulte pour s'y méprendre et, au fond, sa théorie est bien conforme à celle de Dumoulin, dont elle n'est que la reproduction. Mais la formule par laquelle il a voulu traduire celle de Dumoulin est inexacte. Pothier a dit que l'acte authentique prouvait contre les tiers *rem ipsam*[1], semblant indiquer par là qu'il prouvait davantage entre les parties. Or les

1. Pothier, *Traité des obligations*, art. 1, ch. 1, § 4.

termes de Dumoulin, plus haut cités, ne présentent aucun sens restrictif de cette nature ; au contraire, ils sont généraux et absolus, et peuvent se traduire ainsi : au point de vue de la force probante, entre les parties et les tiers, pas de différence.

C'est à cette erreur de Pothier qu'il faut vraisemblablement attribuer celle de notre Code. Leur guide ordinaire s'étant égaré pour une fois, les rédacteurs l'ont suivi sans même s'en apercevoir.

Mais, il faut avoir soin de le remarquer, dès l'instant que l'acte authentique prouve à l'égard des tiers, aussi bien qu'à l'égard des parties, l'existence de la convention qu'il constate, il n'est plus toujours absolument vrai de dire qu'il ne puisse préjudicier à ces tiers. Cela est vrai en règle générale ; mais il peut se présenter des cas où, suivant l'expression de M. Toullier : « la conséquence que la loi attache à cette convention peut préjudicier et préjudicie en effet, *ex dispositione juris, non ex vi conventionis*, à des tiers. Par exemple, le contrat de vente consenti *a non domino* à un acquéreur de bonne foi et suivi de possession préjudicie au véritable propriétaire, en ce que ce contrat donne à l'acquéreur le droit de faire les fruits siens (art. 549 et 550 C. civ.), et en ce qu'il lui confère le droit de prescrire les biens acquis par une possession continuée pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents (art. 2265 C. civ.) » [1].

Les conventions qui interviennent entre les particuliers, ayant pour but le règlement de droits et d'intérêts divers, présentent ordinairement une certaine complication. Aussi est-il rare que l'acte qui les reflète soit d'une simplicité telle, qu'à côté de ce qui constitue le fond même de la convention, on n'y puisse rencontrer d'autres parties accessoires ayant avec la première des rapports plus ou moins étroits. Ce sont ces parties accessoires auxquelles on a donné le nom d'*énonciations*, par opposition à la *disposition* qui sert à désigner la partie principale.

1. Toullier, VIII, n° 148.

La disposition, c'est donc, comme dit Pothier, ce que les parties ont eu en vue en contractant, ce qui fait l'objet même de la convention ; c'est cette partie de l'acte dont rien ne peut être enlevé, retranché, changé, sans que la convention elle-même soit dénaturée ; on l'appelle aussi dispositif. Les énonciations, ou propositions énonciatives, sont les simples déclarations ou indications qui ne tiennent dans la convention qu'une place accessoire, surabondante, et dont la suppression ne serait d'aucun effet sur l'acte lui-même : « *Facta et circumstantiæ*, dit Dumoulin, *quæ tunc nec « fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur.* »

Nous avons déjà vu, en étudiant l'article 1319, quelle était la force de la disposition, puisque la disposition c'est l'acte même dans ses parties essentielles. Mais quant aux énonciations, quelle valeur faut-il leur attribuer ?

A cette question, l'article 1320 fait la réponse suivante : « L'acte soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les « parties même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énoncia- « tifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la dispo- « sition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent « servir que d'un commencement de preuve. »

Ainsi l'article 1320 divise les énonciations en deux catégories ; il distingue celles qui ont un rapport direct et prochain avec le dispositif, de celles qui n'ont avec lui qu'une relation éloignée et sont, en quelque sorte, étrangères au but que les parties se proposaient en contractant.

Pour mieux saisir la pensée de la loi, prenons des exemples. Pierre fait un acte dans lequel il reconnaît devoir à Paul, depuis plusieurs années, une certaine rente dont ce dernier ne possédait pas encore le titre ; dans cet acte, Pierre fait insérer qu'il a payé les arrérages jusqu'à ce jour. Cette dernière proposition constitue une énonciation, car elle n'appartient pas au dispositif de l'acte, qui a pour but de fournir à Paul un titre de son droit, et non pas de donner à Pierre une quittance des arrérages antérieurement payés. De plus, cette énonciation a un rapport direct avec le dispositif, car il est évident qu'il ne peut être indifférent à Paul de laisser insérer que tous les arrérages de la rente lui ont été payés par Pierre, jusqu'au jour de la rédaction de l'acte.

Au contraire, Jacques, à qui j'emprunte une somme de mille francs, déclare dans l'obligation que l'argent qu'il me compte lui vient de Paul. Cette proposition constitue bien, à la vérité, une énonciation ; mais il est aisé de reconnaître qu'elle n'a aucune relation avec le dispositif. Qu'importe, en effet, à l'emprunteur que les deniers que lui prête Jacques proviennent à ce dernier de telle ou telle personne ?

Revenons à l'article 1320. Pour le bien comprendre, il est nécessaire de distinguer, comme pour l'article 1319, la foi probante, de la force obligatoire que vient sanctionner l'exécution.

Quant à la foi probante, il est hors de doute que cette foi est complètement la même pour les énonciations que pour la disposition, en tant que faits attribués par l'officier public aux parties, car leur autorité découle de la même source : le témoignage du notaire. L'inscription de faux serait donc nécessaire, alors même qu'on se contenterait de dire que ce dernier n'a pas reproduit fidèlement une simple énonciation. Quelques jurisconsultes pensent, dit M. Demolonbe, « que les simples énonciations que l'acte « authentique renferme peuvent faire foi seulement, suivant les « cas, entre les parties contractantes, mais non point à l'égard « des tiers. Pourquoi donc ? Est-ce que les énonciations ne sont « pas elles-mêmes, aussi bien que les dispositions, constatées par le « témoignage personnel de l'officier public ? Assurément ! Or « toutes les parties de l'acte authentique qui portent cette em- « preinte doivent faire foi jusqu'à inscription de faux, et la loi, « en effet, n'établit aucune distinction entre les unes et les « autres. »

Cette foi est encore la même pour les tiers que pour les parties, car « est-ce que, dit encore M. Demolombe, le caractère de « l'officier public n'existe pas également pour tous ? qu'importe « que vous soyez un tiers ou une partie ? Peut-il vous être, en « aucun cas, permis de récuser, *de plano*, le témoignage rendu par « un officier public dans l'exercice régulier de ses fonctions? Evi- « demment non [1] ». Donc, quiconque voudrait contester qu'une énonciation contenue dans un acte authentique a bien été faite

1. Demol., *Traité des contrats et obligations*, t. VI, n° 273.

par les contractants, au moment de la rédaction de cet acte, devrait prendre la voie de l'inscription de faux.

Mais, bien entendu, l'acte ne fera foi pour les énonciations, comme pour les dispositions, que de ce que le notaire atteste pour l'avoir constaté *propriis sensibus*. Ainsi, dans les exemples que nous avons pris plus haut, il sera prouvé jusqu'à inscription de faux, non pas que les arrérages ont été réellement payés par Pierre jusqu'à ce jour, non pas que l'argent prêté par Jacques provient réellement de la personne désignée, mais simplement que Pierre, que Jacques ont fait ces déclarations.

Quant aux effets, quant à l'exécution, il n'en est plus de même, et il devient nécessaire de distinguer d'abord entre les parties contractantes et les tiers, ensuite entre les énonciations qui ont un rapport direct avec le dispositif de la convention et celles qui lui sont étrangères.

Entre les parties, les énonciations, dit l'article 1320, produisent les mêmes effets que les dispositions, pourvu qu'elles aient un rapport direct avec elles. Sur ce point, pas de différence, et le fait accessoire contenu dans leur texte est exécutoire contre les parties au même titre que le fait principal qui constitue la convention. Au contraire, lorsque ces énonciations sont sans aucun rapport avec la disposition, elles ne peuvent servir aux parties que d'un commencement de preuve.

Reprenons nos exemples. L'énonciation contenue dans le titre récognitif de la rente au profit de Paul et concernant les arrérages fera preuve contre lui du paiement de tous les termes échus jusqu'au jour de la passation de l'acte, absolument comme si cet acte portait quittance de ces mêmes termes. Au contraire, l'énonciation touchant la provenance des deniers, dans l'obligation constatant le prêt fait par Jacques, ne pourra servir que de commencement de preuve pour prouver par témoins l'origine de ces deniers.

Ce que l'article 1320 dit seulement des parties, il est évident que nous devons le dire également de leurs héritiers ou ayants cause.

Mais vis-à-vis des tiers, quel est l'effet des énonciations ? Ici il n'y a plus à distinguer, et la solution pour toutes les énonciations,

quelles qu'elles soient, ne saurait différer de celle que nous avons exposée au sujet de la disposition principale. Si celle-ci n'oblige pas les tiers, comment des énonciations qui en dépendent et lui sont subordonnées auraient-elles la puissance de les obliger ? Comme la disposition, elles ont vis-à-vis des tiers force probante ; pas plus que la disposition, elles ne sauraient, en règle générale, leur préjudicier.

Donc, s'il est dit, dans l'acte de vente de la maison que Pierre vend à Paul, que cette maison a un droit de vue sur le jardin de Jacques, l'existence de cette mention sera prouvée vis-à-vis de Jacques de la même façon que vis-à-vis de Pierre et de Paul ; mais elle n'aura contre lui aucun autre effet et ne pourra créer à son préjudice une servitude de vue, si cette servitude n'existe pas déjà réellement. Au contraire, Pierre, le vendeur, se trouvera strictement obligé par la même mention et sera exposé à des dommages-intérêts ou même à la résolution du contrat, s'il ne peut vis-à-vis de Paul remplir sur ce point ses engagements.

Nous avons dit qu'en général les énonciations n'avaient aucun effet contre les tiers. En effet, cette règle cesse d'être absolue en se combinant avec celle de la force probante. Elle sera vraie chaque fois que l'énonciation portera sur des droits que la volonté seule des contractants était impuissante à établir. Il est bien clair qu'on ne pourra jamais invoquer contre un tiers une énonciation, comme titre constitutif d'un droit qu'il n'était pas au pouvoir de l'une des parties de consentir à l'autre : ainsi l'énonciation du droit de vue ne donnera pas, nous l'avons dit, à l'acquéreur le droit de réclamer cette servitude contre le propriétaire du fonds voisin. Mais il en sera autrement quand l'énonciation portera sur des droits susceptibles d'être constitués par la volonté ou la reconnaissance des parties ; dans ce cas, ces droits, en tant que faits prouvés par l'énonciation, s'imposeront aux tiers. Ainsi le paiement des arrérages pourra parfaitement être opposé par le débiteur à un créancier saisissant.

Entendu dans ce sens, le principe que les simples énonciations ne sauraient former titre contre les tiers est absolu sous l'empire du Code civil.

Il n'en était pas de même autrefois. Pothier nous apprend que

l'on voyait un commencement de preuve par écrit dans toute clause donnant quelque vraisemblance au fait allégué, alors même que cette clause n'était émanée ni de celui à qui on l'opposait, ni de son auteur.

Cette doctrine, d'une portée si grave pour les tiers, puisqu'elle permettait à toute personne de créer contre eux un commencement de preuve, n'est plus admissible en présence de la disposition fort sage de l'article 1347 du Code civil, qui porte : « qu'on « appelle ainsi (commencement de preuve par écrit) tout acte « par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est « formée, ou de celui qu'il représente et qui rend vraisemblable « le fait allégué ».

On était allé plus loin. Toute énonciation formant un commencement de preuve contre les tiers, on en était arrivé à décider que celles contenues dans un titre ancien feraient preuve complète, l'ancienneté de l'acte diminuant la suspicion que l'on pouvait concevoir contre lui : « *In antiquis*, dit Dumoulin, *verba enun-* « *tiativa plene probant... et in prœjudicium tertii, etiamsi essent* « *incidenter et propter aliud prolata* ».

Il faut remarquer la connexion, le rapport qui existe entre ces deux règles. La première a évidemment été l'origine de la seconde : au fond, c'est toujours la même preuve, admise d'abord avec réserve, et acquérant ensuite, par le temps, de l'efficacité. La seconde règle apparaît donc bien comme la conséquence de la première.

Or cette première règle, l'art. 1347, nous venons de le voir, l'a complètement abolie. Dès lors, peut-on dire que la seconde existe encore?

M. Toullier l'a soutenu [1]. Mais il a été immédiatement obligé de la restreindre et de réduire son application au cas où l'énonciation du droit serait soutenue d'une longue possession. Ce système nous semble condamné par la maxime même que cite son auteur : « *Non potest antiquitas inducere in totam probationem* « *quæ nulla est, sed eam demum quæ aliqua est adjuvare* ». En effet, depuis l'art. 1347, les énonciations contenues dans un acte

1. Toullier, VIII, nos 164 à 168.

ne peuvent pas même servir de commencement de preuve contre les tiers ; or on ne saurait accroître, faire valoir, que ce qui a une existence quelconque, et le temps ne saurait avoir pour effet de confirmer une preuve qui n'existe pas.

SECTION IV.

DE LA VALEUR DE L'ACTE NUL COMME AUTHENTIQUE.

Les conventions doivent être distinguées des actes qui les renferment. Elles en sont indépendantes, et l'écrit intervient, non pour les faire naître, mais pour constater leur existence.

Le notaire n'est qu'un témoin investi par la loi d'une autorité particulière ; l'acte qu'il rédige n'est qu'une déposition.

Si ces principes sont vrais, on conçoit que, de même que la preuve peut être parfaite et la convention nulle, de même la preuve peut être affectée de certains vices et varier dans son intensité, sans que la convention en soit le moins du monde modifiée ou ébranlée.

Deux personnes, je le suppose, veulent garantir leur convention par un acte revêtu des caractères de l'authenticité. Les formalités à remplir dans ce but sont, nous l'avons vu, nombreuses ; il peut se faire que l'une d'elles échappe aux parties ou au notaire, et, par exemple, on a oublié de mentionner les noms et demeures des témoins.

Cela suffit pour empêcher l'acte d'avoir la force authentique. N'en restera-t-il rien cependant ? Sans doute, la preuve parfaite que voulaient se ménager les contractants n'a pas été constituée. Mais, enfin, la convention existe, les parties ont fait des déclarations formelles, tout cela est écrit, signé des parties, du notaire et des témoins : ne va-t-il pas au moins s'en dégager une preuve quelconque, à défaut de celle que les parties avaient l'intention de se procurer ?

La raison indique qu'il en doit être ainsi, et l'article 1318 du Code civil règle précisément cette hypothèse : « L'acte qui n'est « point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier

« ou pour défaut de forme, vaut comme écriture privée — si, « ajoute l'article, il a été signé des parties ».

De son côté, la loi spéciale du notariat, dans son article 68, dispose : « Tout acte fait en contravention aux dispositions con- « tenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66, 67, est « nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties « contractantes ; alors que l'acte est revêtu de la signature de « toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit « sous signature privée, sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les « dommages-intérêts contre le notaire contrevenant ».

Ainsi l'acte nul comme authentique peut valoir comme écriture privée : voilà un principe nettement posé et que nous pouvons considérer comme général.

Il est cependant deux exceptions qui s'imposent d'elles-mêmes. Ce sont : 1° les actes solennels, c'est-à-dire ceux qui sont nécessairement soumis à l'authenticité et ne peuvent valoir que sous cette forme, par exemple : le testament notarié, le contrat de mariage, la donation, la constitution d'hypothèque. Ces actes seraient frappés d'une nullité radicale s'ils venaient à manquer de l'une des conditions requises pour l'authenticité, parce qu'elle est formellement exigée par la loi pour la formation même de ces contrats.

2° Là où la loi n'a pas exigé la forme authentique, les parties ont pu le faire, et la décision sera la même dans tous les cas où la volonté des parties aura eu pour effet de subordonner leur mutuel consentement à l'existence d'un acte notarié. Dans ce cas, si l'acte notarié est nul comme tel, c'est comme s'il n'y avait rien de fait, puisque l'intention des parties était de contracter sous cette forme, ou de ne pas contracter du tout.

Ces deux exceptions écartées, à quelles conditions l'acte, nul comme authentique, pourra-t-il valoir comme acte sous seing privé ?

D'après les deux textes que nous avons cités, ce qui importe, ce qui forme la condition essentielle et en apparence unique, c'est la signature des parties. Il faut que l'acte soit signé par les parties, dit le Code, signé par toutes les parties, dit la loi de ventôse. Quelle est la valeur de ces expressions ?

Faut-il la signature de toutes les parties qui ont figuré dans l'acte à quelque titre que ce soit ? Non, cela n'est pas nécessaire. Il faut seulement, mais absolument, celle de toutes les parties qui, dans cet acte, ont contracté obligation et contre lesquelles l'écrit est destiné à faire preuve. S'il est question dans l'acte d'un engagement unilatéral, la signature unique de celui qui s'oblige est donc suffisante ; s'il y a eu, au contraire, engagement réciproque, obligation synallagmatique, il faut la signature de chacune des deux parties.

Il faut, disons-nous, la signature des parties obligées ; il suffit toutefois de celles qui sont directement obligées par le contrat. Si la signature d'une personne à tort dénommée partie dans l'acte, par exemple d'une caution, venait à manquer, et que l'acte authentique fût nul, par exemple, pour incapacité du notaire rédacteur, ce manque de signature n'empêcherait nullement l'acte de valoir comme sous seing privé. C'est ce que la Cour de cassation a décidé par un arrêt du 26 janvier 1870. Il s'agissait, dans l'espèce, du manque de signature d'une femme qui, dans un contrat de vente consenti par son mari, n'était intervenue qu'en qualité de garant solidaire.

L'article 1318 et la loi de ventôse sont, on le voit, inexacts sur ce point : l'un est trop vague dans ses expressions et l'autre ne gagne en précision qu'aux dépens de la vérité, puisqu'il n'est pas vrai de dire qu'il faut la signature de *toutes les parties*, sans distinction.

Mais il peut arriver que, dans les contrats unilatéraux comme dans les contrats synallagmatiques, il y ait plusieurs personnes obligées, soit conjointement, soit solidairement. Que décider dans ce cas ? Faudra-t-il que toutes aient apposé leur signature, et que se passera-t-il si quelques-unes seulement l'ont fait ?

M. Toullier, dans sa réponse à cette question, commence par admettre la nullité absolue de l'acte qui n'est pas signé par tous les obligés solidaires (n° 135). Puis il enseigne (n° 136) que néanmoins l'exécution du contrat contenu dans cet acte peut être poursuivie par le créancier contre ceux des obligés qui ont signé. Il en donne cette raison que, bien qu'en contractant ce créancier ait voulu avoir deux ou plusieurs débiteurs, il demeurait

cependant libre de se contenter d'un seul. Cette double théorie contient une contradiction ; car, si l'acte est nul, il doit l'être à l'encontre de toutes les parties.

M. Duranton a soutenu la même théorie quant aux droits du créancier : « Il faudrait même décider, dit-il, s'il y avait plu« sieurs obligés solidaires dont un ou plusieurs seulement auraient « signé avec les autres parties, que l'acte serait obligatoire pour « tous les signataires, parce que, de ce que l'un des débiteurs soli« daires n'est pas valablement obligé, il ne s'en suit point que les « autres ne le soient pas »[1].

Cette théorie, il faut le reconnaître, est juste vis-à-vis du créancier. Ses sûretés sont sans doute diminuées ; mais dès qu'il l'accepte, comme dit M. Toullier, qui pourrait s'en plaindre ? Il n'en est pas de même, il nous semble, à l'endroit de l'obligé. Privé du recours sur lequel il pouvait compter contre ses co-débiteurs, sa situation se trouve certainement aggravée, et nous ne voyons pas une seule raison qui permette de lui faire ainsi supporter une négligence dont il n'est point l'auteur. Il est certainement plus logique, en l'absence de la signature de l'un des obligés solidaires, de considérer l'acte, nul en tant qu'authentique, comme également dépourvu de valeur en tant qu'acte sous seing privé. Nous nous rallions en cela à l'avis de M. Bonnier [2] et d'un arrêt de rejet du 26 juillet 1832 portant : « que, sauf la preuve con« traire résultant des circonstances, et notamment de celle que « les co-débiteurs dont les signatures manquent ne seraient que « des cautions, le défaut de signature de la part de l'un des co« débiteurs rend l'acte nul ».

Faut-il aller plus loin et déclarer avec M. Marcadé [3] que, dans ces conditions, la convention elle-même est nulle? Nous ne le pensons pas. Rappelons-nous la distinction que nous avons posée plus haut entre la convention et sa preuve. En principe, ce qui est nul en pareille occurrence, ce n'est pas la convention, mais seulement la preuve de cette convention même, résultant de l'écrit qui la renferme.

1. Dur. XIII, 72.
2. Bonnier, t. II, n° 490.
3. Marcadé, art. 1318.

Sans doute, en fait, il pourra bien arriver que, par suite du refus de l'un des contractants de donner sa signature, la convention n'ait pu se former ; mais elle sera nulle alors par défaut de consentement, et ce ne sera point l'absence de cette signature qui, par elle-même, en aura occasionné la nullité. Pour mieux saisir cette vérité, prenons l'exemple à l'occasion duquel l'auteur que nous venons de nommer expose sa théorie : « Plusieurs per-« sonnes voulaient faire un achat en commun, en s'obligeant « conjointement et solidairement à en payer le prix ; et il arrive « que l'une ou quelques-unes seulement d'entre elles sont venues « donner leur signature à la convention projetée, en même temps « que le vendeur le faisait aussi de son côté. Il est clair que le « consentement donné de part et d'autre ne l'était que sous la « condition que les autres parties viendraient s'obliger à leur « tour, et, dès lors, la signature de celles-ci manquant, la con-« vention se trouve n'avoir jamais existé qu'en projet. » A merveille ; mais c'est supposer résolu le point en question. Car, ou les parties ont fait dépendre leur consentement de la rédaction d'un écrit, ou elles n'ont point eu cette intention. Si elles ont subordonné leur consentement à l'écrit, il est clair que, tant que cet écrit n'est pas complet, tant qu'il y manque une seule signature, il n'y a rien de conclu : il n'y a qu'un simple projet. Mais s'il y a eu accord antérieur des volontés, si les parties se sont entendues et ont arrêté leur convention avant la rédaction de l'écrit, qu'importe, au point de vue de l'existence de la convention, que cet écrit soit demeuré inachevé? Cela, par exemple, est loin d'être indifférent au point de vue de la preuve, puisque celle que les contractants voulaient réciproquement se fournir n'aura été qu'ébauchée ; mais le lien de droit n'en subsistera pas moins, puisqu'il s'est une fois valablement formé. La preuve de ce droit peut se tirer d'autre part ; il peut exister, par exemple, en dehors de l'acte, des lettres missives ou autres écrits signés de celui dont la signature manque et pouvant servir de commencement de preuve par écrit contre lui. Si, de cette manière, on peut prouver son engagement, ne sera-t-il pas parfaitement valable ?

Remarquons que, bien que l'acte soit nul, même en tant que sous seing privé, il constitue évidemment contre ceux qui l'ont

signé un commencement de preuve par écrit, car on se trouve dans les termes mêmes de l'article 1347.

L'existence de la signature de chacune des parties obligées est si essentielle, pour qu'un acte public irrégulier puisse valoir comme écriture privée, que la mention faite par le notaire que l'une de ces parties ne sait ou ne peut signer ne saurait en aucune façon y suppléer. La signature est en effet la condition essentielle de tout écrit sous seing privé et, en son absence, il n'y a plus d'acte sous seing privé possible.

Supposons l'acte revêtu de toutes les signatures nécessaires. Devons-nous, en outre, exiger qu'il satisfasse aux conditions requises par les articles 1325 et 1326 du Code civil ? Faut-il que, si l'acte nul comme authentique contient une convention synallagmatique, il soit rédigé en plusieurs originaux pour valoir comme écrit sous seing privé ? Faut-il, s'il ne contient qu'un engagement unilatéral, mais que cet engagement consiste dans le paiement d'une somme d'argent ou d'une chose appréciable, et alors qu'il n'est pas écrit entièrement de la main de l'obligé, il contienne un bon ou approuvé portant l'énonciation de la somme ou de la quantité, exprimée en toutes lettres ? La réponse est la même pour les deux cas, et elle doit être négative.

Notre article n'exige pas et ne pouvait pas exiger l'accomplissement de semblables formalités.

Cet acte, en effet, remarquons-le bien, ne devient pas un acte sous seing privé, mais il vaut comme tel, ce qui revient à dire qu'il a la même force, bien qu'il ne remplisse pas les mêmes conditions.

De plus, et c'est là un argument qui s'applique aussi bien à la formalité du bon et approuvé qu'à celle des doubles, exiger ces conditions n'eût pas été, de la part du législateur, une disposition sérieuse. Comment supposer, en effet, que les parties, dont l'intention était de faire un acte authentique, aient pu songer à remplir et aient rempli les formalités toutes différentes de l'acte sous seing privé ? Comme dit M. Bonnier : « Exiger l'observation de « ces conditions, ce serait retirer d'une main ce que l'on accorde

« de l'autre ; car il est évident que les parties qui se sont adres-
« sées à un notaire afin de constater leurs conventions, n'ont pas
« pu s'assujettir à des formes qui ne sont pas requises dans les
« actes publics [1]. »

D'ailleurs il faut se rendre compte des motifs qui ont fait exiger ces formalités pour les actes sous seing privé. Pour le bon et approuvé, c'est la crainte de l'abus possible et toujours facile d'un blanc-seing. Pour les doubles, c'est la nécessité de ne pas laisser l'acte, son texte et même son existence, absolument à la merci d'un seul des contractants. En un mot, ce sont des garanties. Eh bien, qu'importe que ces garanties disparaissent, si elles sont remplacées par d'autres équivalentes ? Le même but ne sera-t-il pas toujours atteint ?

Or c'est, il nous semble, ce qui a lieu dans l'espèce présente. D'abord, quant aux doubles, cet acte qui a l'apparence de l'authenticité, qui réunit même la plupart des conditions de l'acte public régulier, qui a été reçu par un notaire, qui a été mis en dépôt dans ses minutes, s'en trouve dispensé avec raison. En effet, le but des doubles est parfaitement rempli : l'acte est en lieu sûr, à la portée de chacune des parties et à la merci d'aucune d'elles. En fait, la discussion de notre article au conseil d'Etat prouve l'intention du législateur de ne pas assujettir cet acte à la formalité des doubles. Dans cette discussion, M. Jollivet commença par reconnaître que l'article 1325 ne devait pas s'appliquer à notre article 1318, mais fit remarquer que, pour qu'il en fût ainsi, une addition était nécessaire. M. Regnault s'opposa à cette addition en faisant observer que la question était déjà décidée par l'article 68 de la loi de ventôse ; et M. Tronchet ajouta qu'en effet : « lors-
« qu'un acte est retenu dans un dépôt public, il n'y a plus de rai-
« son pour exiger qu'il soit fait double ». Cette citation suffirait à elle seule pour montrer que l'article 1325 ne s'applique pas au cas que nous examinons.

Quant au bon et approuvé, comment l'abus d'un blanc-seing serait-il à craindre, puisqu'on ne peut point signer ainsi d'avance un acte notarié et que la signature au contraire ne doit y être ap-

1. Bonnier, t. II, n° 491.

posée qu'après l'accomplissement de nombreuses formalités, au nombre desquelles se rencontre la lecture du contenu de l'acte faite aux parties ?

Il est cependant, en cette matière, un point délicat et de nature à soulever des objections plus sérieuses, quoiqu'il faille y appliquer la même solution. Y aurait-il également dispense des règles requises pour les actes sous seing privé, dans le cas où l'acte authentique, nul comme tel, mais signé par les parties, n'aurait été reçu qu'en brevet? D'abord, dirons-nous avec M. Marcadé, le doute ne nous paraît guère possible pour les actes simples que la loi désigne comme pouvant être délivrés en brevet. C'est la loi elle-même qui les dispense de la formalité de la minute, qui les déclare sans cela réguliers ; ce sont donc des actes authentiques dans toute la force du terme.

Dès lors, s'ils se trouvent atteints des vices énumérés par l'art. 1318, comment ne se trouveraient-ils pas compris dans les termes mêmes de cet article? Mais nous supposons forcément, dans ce cas, que l'irrégularité vient d'ailleurs que de la rédaction en brevet, puisque celle-ci est régulière et permise. En serait-il autrement dans le cas contraire, c'est-à-dire si, l'acte étant de ceux qui doivent être gardés en minute, l'irrégularité consistait précisément en ce qu'il aurait été délivré en brevet? Non assurément, la solution resterait la même. Nous avons sur ce point un argument de texte qui nous paraît décisif. En effet, d'une part, l'absence de minute rentre précisément dans les vices de forme dont parle notre article 1318, et d'autre part, l'article 68 de la loi de ventôse précise le sens de ces mots de manière, ce nous semble, à trancher nettement la question, lorsqu'il dit : « Tout acte fait en « contravention aux articles..... 20 (celui qui impose l'obligation « de garder minute)..... vaudra comme écrit privé, lorsqu'il sera « revêtu de la signature de toutes les parties ».

On objecte, il est vrai, avec beaucoup de raison, que l'acte notarié reçu en brevet et laissé entre les mains des parties, offre tous les inconvénients qui ont fait exiger pour la validité des actes sous seing privé plusieurs mesures de précaution, et notamment celle de la formalité des doubles. Cet acte ne se trouve pas à la disposition de toutes les parties ; celle qui le possédera pourra re-

fuser de le communiquer; bien plus, il dépendra de sa volonté de l'anéantir ou de le conserver ; elle pourra, usant d'une main habile, l'altérer gravement ou même peut-être le dénaturer complètement. Tout cela est parfaitement vrai, et si l'on venait nous dire que le législateur eût dû faire ici une exception à la règle de l'article 1318, nous nous rangerions complètement à cet avis. Mais telle n'est pas la question ; il s'agit simplement de savoir ce que le législateur, en fait, a décidé, et les termes des articles 1318 du Code civil et 68 de la loi du 25 ventôse an XI ne nous laissent aucun doute à cet égard.

La signature de toutes les parties obligées nous apparaît jusqu'ici comme la formalité indispensable, mais aussi comme la formalité unique. Est-ce à dire cependant que l'acte nul comme authentique, mais revêtu de ces signatures, vaudra toujours comme acte sous seing privé, quelle que soit la cause d'où provienne sa nullité ? ce serait une erreur que de le penser.

L'article 1318 attribue cette valeur aux actes qui se trouvent défectueux : « pour incompétence, incapacité ou défaut de forme ». Il est certain, malgré ces termes généraux, qu'il ne faut entendre par là que des vices secondaires et relatifs, laissant subsister dans une large mesure les garanties inhérentes à la forme authentique. C'est, en effet, l'autorité résultant de ces garanties qui a motivé la disposition de l'article 1318 et a fait prendre en pareille considération, par la loi, un acte nul sous la forme où les parties entendaient le constituer. Il faut donc, pour qu'il puisse valoir à titre d'écriture privée, qu'il offre au moins toutes les apparences de l'authenticité.

Ainsi, en première ligne, faut-il exiger la signature du notaire, car, si la nullité provenait du manque de cette signature, il n'y aurait plus rien qui ressemblât à l'authenticité. C'est ce que la Cour de Reims a décidé par un arrêt du 13 juin 1855, en disant que l'exception faite par la loi de ventôse et par le Code aux principes généraux ne saurait protéger l'acte lorsqu'il n'a pas été signé du notaire, qui aurait pu être incompétent ou incapable pour le recevoir, mais dont la signature n'en présenterait pas moins la garantie d'un homme public, confident des parties et témoin de leurs engagements respectifs.

Serait nul également, même en tant que sous seing privé, l'acte qui aurait été reçu par une personne frappée d'une incapacité absolue, comme un simple particulier se faisant passer à tort pour un notaire, ou même un officier public ne pouvant pas recevoir des actes de ce genre, comme serait un huissier recevant un acte de vente. Dans ces cas, en effet, plus d'authenticité, même possible, partant plus de garantie, et un pareil acte pour valoir devrait réunir toutes les conditions d'un acte sous seing privé ordinaire.

CHAPITRE II.

DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ.

SECTION I.

DE LA FORME DES ACTES SOUS SEING PRIVÉ.

L'acte sous seing privé se définit exactement par sa dénomination même. Pour le constituer, il suffit, en effet, de la signature d'un simple particulier, mise au bas d'une écriture quelconque.

En principe, rien n'est exigé en dehors de cette signature. C'est la formalité obligatoire, essentielle, mais unique. Tout le reste est abandonné au gré des parties: ainsi, que le corps de l'acte soit tracé par ces parties elles-mêmes ou par un tiers, à l'encre ou au crayon ou de toute autre manière, en langue française, ancienne, étrangère, en patois, etc., pourvu que ses dispositions soient compréhensibles et suffisamment claires, dès qu'il est signé, il n'en constitue pas moins un acte sous seing privé dans toute la force du terme.

La date elle-même n'est pas exigée, en général, pour la validité d'un acte sous seing privé. Toutefois ce serait une

grave erreur que de penser qu'une pareille omission, tout en laissant subsister la validité de l'acte, n'est point susceptible de porter une grave atteinte à son efficacité. Par exemple, si le signataire devient un jour incapable, soit absolument, soit relativement à l'acte en question, quelle difficulté n'y aura-t-il pas à placer cet acte sans date avant ou après l'époque de l'incapacité? Au reste, la date est un élément si important, que le législateur, nous le verrons, l'a mise à part au point de vue de la force probante, et a édicté à ce sujet des règles spéciales. Elle est formellement exigée dans quelques cas particuliers : les testaments olographes, les lettres de change, les polices d'assurances.

Car il ne faut pas perdre de vue le but que se proposent les parties en faisant un acte sous seing privé. Ce but, c'est de conserver la preuve de la convention intervenue, l'aveu écrit de la partie obligée. Or, la pratique a prouvé que, dans certains cas, la formalité de la signature, toute seule, ne suffisait pas à entourer cette preuve de garanties sérieuses. C'est ainsi, qu'à titre d'exception et pour sauvegarder les intérêts des contractants, certaines formalités ont été exigées en outre de la signature. Nous venons de citer la date : il faut y ajouter, pour les actes sous seing privé contenant des engagements synallagmatiques, la formalité du double écrit (art. 1325), et pour ceux contenant des engagements unilatéraux, celle du bon pour ou approuvé (art. 1326).

§ I. — *De la signature.*

Puisque c'est la signature qui constitue l'acte sous seing privé, qui lui donne toute sa force, de telle sorte qu'il ne peut exister sans elle, même à l'état imparfait, il est nécessaire de savoir exactement en quoi doit consister cette signature.

Signer, pris dans le sens le plus général, c'est apposer au bas d'un écrit, une marque, un signe, qui soit, selon l'expression de Toullier, comme le sceau de la vérité de ce que cet écrit contient, et qui indique, sans équivoque possible, la personne de qui il émane.

La signature sera donc suffisante, dès qu'elle permettra de reconnaître, au premier abord et sans ambiguïté, l'identité de son auteur.

En fait, d'après une pratique très générale, qui paraît s'être surtout établie à partir de l'ordonnance de 1667, on signe en écrivant son nom en toutes lettres.

J'entends par là son nom de famille, car c'est le seul qui puisse distinguer sûrement un homme de ceux qui l'entourent : la première et la plus exclusive propriété de chaque famille, c'est son nom. Mais la famille elle-même est une société réduite, où ce nom est commun à tous ceux qui en dépendent ; la confusion est donc encore possible, bien que renfermée dans un cercle plus étroit. Pour l'éviter, il faudra, au nom de sa famille, ajouter ses prénoms, dont le but est précisément d'achever, parmi les hommes portant le même nom, la détermination exacte de chaque individualité.

Ainsi composée, la signature est parfaite, et on ne saurait trouver quelque chose à y ajouter. L'indication de la profession, le lieu de la naissance ou du domicile actuel peuvent être utiles pour éviter toute recherche et rendre plus facile la constatation immédiate de l'identité. Mais, au fond, ces mentions ne font pas partie de la signature proprement dite, c'est, si l'on peut s'exprimer ainsi, un luxe d'éclaircissements qui ne saurait être nécessaire.

Si de cette signature parfaite, nous descendons, degré par degré, vers celles qui le sont moins, nous rencontrons d'abord la plus usitée de toutes, qui diffère peu de forme et de valeur d'avec celle qui nous a servi de point de départ. C'est celle qui consiste à écrire en toutes lettres son nom de famille, précédé de l'initiale de son prénom le plus usité. La plupart du temps, pour ceux qui nous connaissent, le prénom se trouvera de cette façon aussi nettement désigné que s'il était énoncé en toutes lettres; mais encore faudra-t-il parfois, pour le vérifier, se reporter à des documents plus explicites, et il pourrait même résulter un certain embarras, dans des actes anciens, de ce que les prénoms de deux membres de la même famille porteraient la même lettre initiale.

Le nom de famille seul serait, nous l'avons dit, une signa-

ture un peu vague. Néanmoins elle est théoriquement suffisante et répond certainement, dans la pensée de la loi, à la composition essentielle de toute signature.

Au contraire, le prénom seul ne serait certainement pas valable en règle générale. Cependant des circonstances particulières peuvent suppléer à l'insuffisance d'une pareille signature. C'est ainsi que la Cour de cassation (23 mars 1824) et la Cour de Bourges (19 août 1824) ont déclaré suffisante la signature d'un évêque composée d'une croix, avec les seules initiales de ses prénoms, l'énoncé de sa dignité et le nom de son siège épiscopal. Cette décision est d'autant plus remarquable que, dans l'espèce, il s'agissait d'un testament olographe, acte où les règles doivent être appliquées dans toute leur rigueur; et elle est parfaitement juste, car toute méprise était absolument impossible. La même question s'était présentée dans l'ancien droit à propos du testament olographe de Massillon. Il y eut transaction sur l'appel, mais le premier jugement avait proclamé la validité.

Mais c'est là une situation toute particulière et, en règle générale, on doit dire que la signature du nom ne saurait être remplacée par de simples initiales. Notons cependant un cas très fréquent où il est d'usage de s'en contenter : c'est lorsqu'il s'agit d'approuver les ratures ou renvois mis en marge d'un acte, même notarié. Ces initiales prennent plus particulièrement, dans ce cas, le nom du paraphe, dont elles sont, du reste, accompagnées. Mais il faut bien remarquer qu'il ne s'agit plus là que d'une signature secondaire, ne suppléant en rien à la signature principale qui doit être complète, et portant sa garantie dans une confrontation facile et rapide avec cette dernière.

Quant aux simples marques, sans signification précise, telles qu'une croix, il est bien évident qu'elles sont absolument insuffisantes, et que l'écrit qui les porte est, en réalité, un écrit non signé.

Ajoutons que la signature d'autrui ne saurait, en dehors d'une procuration régulière, remplacer en aucune façon celle de la partie contractante. Un écrit revêtu seulement de la signature d'un ou de plusieurs témoins ne vaudrait donc pas en justice

comme acte sous seing privé, puisqu'il lui manquerait la condition essentielle de tout acte de ce genre, la signature des obligés ; il se réduirait à une simple attestation, à une sorte de certificat qui n'aurait même pas la valeur d'un commencement de preuve par écrit.

Faut-il que le nom du signataire soit conforme à celui qui lui est attribué par les actes de l'état civil ? Cela, en principe, semblerait nécessaire. Cependant il faut décider qu'un changement ou une modification de nom ne serait pas une cause de nullité, s'il était d'ailleurs établi que l'auteur de la modification ou du changement avait coutume de signer ainsi, et qu'aucun doute ne pût en résulter quant à son identité, ce qui est, nous l'avons dit, le grand principe en cette matière.

Il ne suffit pas, pour qu'une signature soit efficace, que l'acte porte matériellement les lettres formant le nom des parties. Il faut encore que cette signature soit réellement de la main de celui à qui elle est attribuée. Si donc il arrivait qu'un tiers signât du propre nom de l'un des contractants, cette signature serait sans valeur aucune, quand même ce dernier y aurait donné son consentement.

A quel moment doit être apposée la signature ? La loi ne s'en préoccupe pas : elle peut l'être aussi bien avant sa rédaction qu'après.

Il est clair que le cas le plus ordinaire est celui où la signature n'est donnée qu'après la rédaction, mais elle peut l'être avant sans irrégularité. Dans ce cas, le signataire laisse en blanc, au-dessus de sa signature, un espace destiné à être rempli par la personne à qui cette signature est remise dans ce but. C'est ce qu'on appelle un blanc-seing.

« Le blanc-seing, disait Merlin, est une signature privée, au-« dessus de laquelle on laisse plus ou moins de papier blanc, sui-« vant l'acte auquel on veut que la signature corresponde. » Et il ajoutait : « c'est une question de savoir si des actes intervenus « sur des blancs-seings sont valables [1] ».

1. Merlin, *Rép.*, v° *Blanc-seing*.

En effet, dans notre ancien droit, la validité de ces actes avait fait doute, et la jurisprudence s'était partagée sur cette question. Certains arrêts exigeaient pour prononcer la validité que le blanc-seing fût ratifié ? Cependant le contraire semble avoir prévalu dans la pratique, car il y eut de nombreux abus de blanc-seing, qui eussent été impossibles avec le système de la nullité. Ce furent ces abus qui motivèrent la déclaration du 22 septembre 1733, dont nous aurons à parler plus loin.

Aujourd'hui la question ne peut plus faire de doute ; car non seulement les anciennes prohibitions et nullités n'ont pas été renouvelées, mais il y a une reconnaissance implicite de la validité des blancs-seings dans la peine infligée par l'article 407 du Code pénal à celui qui en a abusé. On ne voit pas d'ailleurs pour quelle raison, toute idée de fraude étant écartée, on ne validerait pas un acte ainsi formé, car, somme toute, le blanc une fois rempli, rien ne saurait le distinguer matériellement d'un acte signé suivant l'usage ordinaire.

Cependant il est certain que ce mode de rédaction peut se prêter à des fraudes particulières qu'il était sage de prévoir.

Supposons d'abord le blanc-seing entre les mains de celui à qui il a été destiné. Si, répondant à la confiance singulière de celui qui lui a ainsi livré sa signature, il remplit fidèlement l'espace vide avec les dispositions convenues, tout est parfaitement régulier, et l'acte a envers le signataire la même foi et la même force que s'il avait été signé après une rédaction complète et définitive. Mais, à l'inverse, le destinataire du blanc-seing peut en avoir abusé. Il peut, profitant du moyen facile mis à sa disposition, remplir le blanc-seing d'une convention toute contraire aux intentions du signataire. Ce dernier restera-t-il irrévocablement lié par cette signature imprudemment donnée ? Non, assurément. L'équité commandait impérieusement de ne pas le laisser désarmé en présence d'une manœuvre aussi déloyale, et on ne pouvait lui défendre de prouver la fraude dont il a été la victime.

Est-ce à dire qu'à cette fin toutes les voies de preuve soient ouvertes devant lui ? Il semblerait bien qu'oui, au premier abord ; car il est de principe que le dol se prouve par tous les moyens. La Cour de cassation a cependant décidé le contraire

et déclaré que la remise du blanc-seing constituait un fait juridique soumis aux règles ordinaires de la preuve. Par deux arrêts des 18 janvier et 5 mai 1831, elle a assimilé la remise volontaire du blanc-seing à un dépôt et décidé, en conséquence, que cette remise et le but dans lequel elle avait eu lieu ne pourraient se prouver par témoins, sans commencement de preuve par écrit, qu'autant que l'objet serait d'une valeur inférieure à cent cinquante francs.

Cette solution nous paraît juste. On l'a cependant critiquée en niant que la remise du blanc-seing fût une convention et en se fondant sur ce que, exiger une preuve écrite de cette remise, c'était entraver les relations d'affaires. Mais ces arguments sont assez peu concluants. « La remise dont il s'agit est si bien un « fait conventionnel, dit M. Bonnier, que c'est cette circons- « tance seule qui fait de l'abus du blanc-seing un simple délit, « puisque autrement il dégénérerait en véritable faux [1] ». Quant à la seconde considération, qui est toute de fait, elle perd sa valeur, si l'on considère que les faits de ce genre ayant un caractère commercial, ce qui, dans la pratique, comprend le plus grand nombre, restent soumis aux règles particulières du commerce. Peut-être la doctrine de la Cour de cassation serait-elle plus sujette à critique, en ce qui concerne l'assimilation qu'elle fait de la remise de blanc-seing au dépôt volontaire. L'opinion de M. Bonnier, qui y voit plutôt un mandat, nous paraît préférable.

En un mot, la remise du blanc-seing étant un fait conventionnel dont le signataire a parfaitement pu, s'il l'a voulu, se procurer une preuve écrite, il n'y a aucun motif de déroger aux prescriptions de l'article 1341.

Mais l'abus de blanc-seing peut provenir d'un autre que celui auquel il a été destiné : un escroc peut s'en emparer frauduleusement et le remplir ensuite à sa guise. Dans ce cas, la situation est loin d'être la même. Là, rien qui ait le caractère conventionnel; c'est un accident qui ne peut être imputable au signataire, qu'il n'a pu prévoir et dont il lui a été impossible de se procurer

1. Bonnier, t. II, n° 672.

une preuve écrite ; en un mot, c'est un fait criminel, puni comme tel, et dont la preuve pourra se faire de toutes les manières.

Reste à savoir quel sera, à l'égard des tiers, l'effet des différents abus que nous venons de signaler. A ce sujet, il faut distinguer nettement entre les deux hypothèses dont nous venons de parler. Dans le premier cas, celui d'un simple abus de confiance, les droits des tiers doivent être maintenus à l'égard du signataire, nonobstant l'abus prouvé du blanc-seing par la personne à laquelle il avait été confié. En effet, d'une part, les tiers sont évidemment de bonne foi : comme nous l'avons dit plus haut, quelle différence extérieure aurait pu leur révéler le vice de l'acte sur le vu duquel ils ont contracté ? D'autre part, le signataire n'est pas sans reproche : c'était à lui de prendre ses précautions avant de confier ainsi sa signature. S'il a mal placé sa confiance, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même et ne saurait faire supporter aux tiers les conséquences de son erreur.

Dans le second cas, c'est-à-dire dans le cas d'un véritable faux commis par une tierce personne aux mains de laquelle l'écrit s'est trouvé, soit par l'effet du hasard, soit par suite d'une soustraction frauduleuse, il faut adopter la solution contraire. Sans doute, les tiers peuvent être encore de bonne foi ; mais il est alors absolument impossible de faire souffrir le signataire du crime qui a été commis contre lui. Il n'a aucune faute, aucune erreur, aucune négligence même à se reprocher et, la preuve du faux une fois fournie, l'acte ne lui est plus opposable par personne.

§ II. — *De la formalité du bon ou approuvé.*

L'usage des blancs-seings, ou plutôt l'abus qu'on en fit sous l'ancien droit, a laissé dans notre droit actuel une trace importante.

Nous avons déjà parlé de la déclaration du 22 septembre 1733. Jusqu'à cette date, on avait admis comme une règle générale la validité de tous les actes sous seing privé, qu'ils fussent écrits de la main des contractants ou d'une main étrangère, pourvu qu'ils fussent signés des parties, le cas de fraude excepté.

Les billets ou promesses unilatérales par lesquels l'une des parties s'engageait envers l'autre à lui payer une somme d'argent ne faisaient pas exception à la règle générale.

Mais, sous Louis XV, des abus de blanc-seing scandaleux décidèrent le législateur à prendre une mesure spéciale. Le préambule de la Déclaration explique ainsi le danger auquel il s'agissait de porter remède : « Nous avons été informé que, « depuis quelques années, différents particuliers, qui ont trouvé « le moyen de se procurer, par artifice ou autrement, des signa- « tures vraies de plusieurs personnes, ont porté l'infidélité et la « fraude jusqu'au point d'écrire ou de faire écrire par des « mains étrangères une promesse ou un billet supposé, dans le « blanc qui était au-dessus desdites signatures... Un genre de « faux si punissable nous a paru d'autant plus digne de notre « attention, qu'étant plus difficile à découvrir, le coupable « échappe souvent à la sévérité de la justice ; et que les parties « intéressées, ne pouvant nier une signature qu'elles connaissent « pour véritable, sont souvent réduites à exécuter de faux « engagements... »

On crut prévenir ces faux et les arrêter dans leur source, en déclarant nuls les billets qui ne seraient pas écrits, ou du moins approuvés de la main de celui qui paraîtrait les avoir signés : « Tous les billets sous seing privé, disait la Déclaration, au por- « teur, ou à ordre, ou autrement, causés pour valeur en argent, « autres néanmoins que ceux qui seront faits par les banquiers, « négociants, marchands et manufacturiers, artisans, fermiers, « laboureurs, manouvriers et autres de pareille qualité, seront de « nul effet et valeur, si le corps du billet n'est écrit de la main « de celui qui l'aura signé, ou du moins si la somme portée audit « billet n'est reconnue par une approbation écrite en toutes « lettres, aussi de sa main, faute de quoi le paiement n'en pourra « être ordonné en justice ».

Mis en présence du même danger, les rédacteurs du Code n'ont pas hésité à reproduire une règle qui leur semblait si bien protéger les intérêts des parties. L'article 1326 du Code civil est ainsi conçu : « Le billet ou la promesse sous seing privé, par « lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer

« une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit « en entier de la main de celui qui le souscrit, ou du moins il « faut que, outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou « approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de « la chose. Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, « artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée ou de ser- « vice ».

On peut remarquer tout d'abord que la rédaction de cet article est à la fois plus large et moins rigoureuse que celle de la Déclaration de 1733 : plus large, en ce qu'elle étend la formalité du *bon pour* à des actes qui, autrefois, n'y étaient pas soumis ; moins rigoureuse, en ce qu'elle ne reproduit pas la nullité prononcée par la Déclaration pour le cas où cette formalité n'aurait pas été remplie.

Mais il est une critique qui peut s'adresser également à ces deux mesures législatives. C'est d'abord le peu d'efficacité du remède en lui-même ; car il n'est guère supposable qu'un homme, capable d'abuser d'un blanc-seing en commettant un crime, se laisse arrêter par la difficulté toute matérielle d'ajouter un faux bon ou approuvé. Puis, a-t-on dit, n'est-ce pas enlever à la loi son utilité réelle, que d'excepter les actes souscrits par les artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service, c'est-à-dire les actes souscrits par la classe la plus nombreuse de la société, et celle qui précisément aurait eu besoin d'une protection plus particulière ? Quoi qu'il en soit, la loi existe, et il s'agit d'en déterminer la portée et les effets.

I. — L'article 1326 laisse, nous l'avons vu, à celui qui s'oblige le choix entre deux modes de rédaction. Il peut ou écrire lui-même le contenu de l'acte, ou le signer en ajoutant : « approuvé ou bon pour tant de francs ». Dans ce dernier cas, la somme doit être écrite en toutes lettres : l'altération d'un chiffre, surtout d'un chiffre isolé, ou la possibilité d'en ajouter d'autres sont choses si faciles, qu'elles expliquent suffisamment la précaution imposée par la loi.

Mais, si le débiteur a écrit de sa main l'acte entier, sera-t-il aussi dans l'obligation d'exprimer en toutes lettres, dans le corps de l'acte, puisqu'il est alors dispensé du *bon pour*, la somme ou la

quantité de la chose ? Nous ne le pensons pas. Malgré la similitude des motifs et les fraudes à prévenir dans l'un comme dans l'autre cas, il est incontestable que l'article 1326 n'a imposé la mention en toutes lettres que pour l'*approuvé* ou *bon pour* ; or, cet article étant dérogatoire au droit commun, ses dispositions doivent être interprétées *stricto sensu*, et on ne saurait en étendre la portée par voie d'analyse. Mais il faut avouer que, si ce n'est pas une obligation imposée par la loi, c'est du moins une précaution excellente, qu'on ne saurait trop recommander aux parties.

Les expressions « approuvé ou bon pour », bien qu'indiquées par la loi, ne sont pas sacramentelles. Elles peuvent être remplacées par d'autres équivalentes ; car, en matière de rédaction d'actes sous seing privé, le principe doit toujours être la plus grande liberté possible laissée aux parties. Cette faculté va si loin, qu'elle permet d'écrire le *bon pour*, non seulement en langue étrangère, comme l'acte tout entier, mais même en langue différente de celle du billet.

Il n'y a rien de prescrit non plus quant à la place que ces mentions doivent occuper. Suivant l'usage, elles précèdent immédiatement la signature ; elles peuvent se trouver aussi bien à toute autre place : du moment qu'elles y sont, la loi est observée. Mais ce qui serait insuffisant, ce serait de mettre seulement : « approuvé », ou « j'approuve l'écriture ci-dessus », ou bien encore d'omettre ces mots, en faisant accompagner la signature de la seule mention de la somme, par exemple « mille francs, signé Paul ». Dans ce dernier cas, cependant, M. Larombière pense que le vœu de la loi est rempli. Mais les termes de l'article 1326 sont trop formels en exigeant d'une part l'approuvé et d'autre part la mention en toutes lettres de la somme ou quantité, pour décider que l'observation d'une de ces deux formalités supplée à l'omission de l'autre.

A supposer le *bon pour* régulièrement donné, la somme ou la quantité énoncée au bon peut être différente, soit en plus, soit en moins, de celle qui est portée au corps de l'acte. L'article 1327 donne la règle à suivre pour déterminer dans ce cas le montant de l'obligation : « Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte,

« dit-il, est différente de celle exprimée au bon, l'obligation est « présumée n'être que de la somme moindre, lors même que « l'acte ainsi que le bon sont écrits en entier de la main de celui « qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est « l'erreur. »

C'est une application du principe consacré par l'article 1162, en vertu duquel le contrat, dans le doute, doit s'interpréter en faveur du débiteur. Ainsi donc, que l'acte lui-même et le bon soient ou non écrits tous deux par le signataire, s'il y a différence de qualité entre les deux, l'obligation sera de la somme la plus faible. Mais cette présomption peut être détruite par la preuve contraire, la loi nous le dit elle-même dans les derniers mots de l'article, et cette preuve pourra, dans tous les cas, se faire par témoins, car l'acte d'un côté et le bon de l'autre constituent, chacun de leur côté, un commencement de preuve par écrit.

Reste une hypothèse délicate et non prévue par l'article 1327 : c'est celle où la différence porte, non sur la somme ou la quantité exprimée au corps de l'acte et dans le bon, mais sur les choses elles-mêmes, de telle sorte que l'obligation soit d'une certaine chose dans l'acte et d'une autre chose dans le bon. Cette difficulté doit se résoudre d'après les principes généraux du droit : tantôt il y aura obligation alternative dont le choix restera au débiteur, tantôt cette différence montrera que les parties n'ont pas été d'accord, et aura ainsi une influence décisive sur la formation même du contrat.

Ces diversités et ces anomalies se rencontrent fort rarement dans la pratique.

II. — A quels actes s'applique l'article 1326 ? Le texte nous l'indique. Ce sont « les actes sous seing privé, billets ou promesses, « dans lesquels une seule partie s'engage envers l'autre à payer « une somme d'argent ou une chose appréciable ».

Donc cet article ne régit pas tous les actes sous signature privée. Il s'applique seulement, d'abord aux actes contenant des obligations unilatérales, ensuite, parmi ces actes, seulement à ceux dont l'objet consiste en sommes au valeurs appréciables, c'est-à-dire en choses pouvant se déterminer au compte, au poids ou à la mesure. Autrement dit, il ne s'applique qu'aux obligations

de quantité, par opposition aux obligations de choses certaines; ces dernières feraient donc pleine foi, indépendamment de la formalité du bon pour.

Reprenons une à une ces différentes énonciations de l'article 1326 :

« ... billet ou promesse, par lesquels une seule partie s'engage « envers l'autre... » Ces termes indiquent clairement le contrat unilatéral.

Et ils s'appliquent aussi bien au cas où plusieurs débiteurs s'engagent vis-à-vis d'une autre personne, qu'à celui où l'obligation est contractée par un seul; c'est le sens exact de ces mots : « par « lesquels une seule *partie* s'engage envers l'autre ». L'article ne dit pas « personne », mais « partie », ce qui est bien différent. En effet, dans tous les contrats, les personnes qui s'engagent se rangent en deux classes, créanciers d'un côté, débiteurs de l'autre, qui chacune peuvent contenir un seul individu ou plusieurs. A chacune de ces classes on donne le nom de « partie », et si on veut les réunir dans une même appellation, on dit « les parties ». Au reste, cette question, un peu discutée à l'origine, a été depuis longtemps tranchée dans le sens que nous venons d'indiquer (C. cass. 8 août 1815 — 6 mai 1816). La conséquence, c'est que si plusieurs personnes se sont engagées solidairement ou conjointement par une promesse unilatérale, chacune d'elles devra remplir séparément la formalité de l'article 1326.

« ... à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable... » C'est en ce point que l'article 1326 est plus large que la déclaration de 1733. Cette dernière ne s'appliquait qu'aux billets causés pour valeur en argent; le Code a jugé utile d'étendre la disposition aux promesses de payer une chose appréciable.

La signification de ce dernier mot causerait quelque embarras, si l'article 1326 ne venait lui-même nous éclairer sur ce point en exigeant la mention en toutes lettres de la quantité de la chose. Duranton, cependant, n'admet pas cette explication du premier terme par le second. Pour lui, la disposition comprend toute espèce de billets ou de promesses, quelle qu'en soit la cause et quel qu'en soit l'objet, tout objet étant toujours susceptible d'être apprécié en argent. MM. Aubry et Rau soutiennent, avec beaucoup plus

de raison, qu'il faut que les choses soient, non pas appréciables en argent, mais déterminables au poids, au compte ou à la mesure, l'expression *quantité* mettant ainsi en dehors de l'article 1326 tous les contrats dont l'objet est une chose individuellement déterminée [1].

Il ne suffit pas d'une quantité déterminable, il faut encore, pour l'application de l'article 1326, que cette quantité soit, au moment même de la souscription de l'acte, certaine et déterminée. Ainsi, dans la promesse d'une valeur indéterminée, comme un cautionnement général et indéfini, il ne serait pas nécessaire de remplir la formalité du bon pour.

La Cour de cassation, saisie d'une question de ce genre, a pourtant adopté la solution contraire. « Attendu, dit-elle, que « l'indétermination actuelle de la dette ne crée pas une impos- « sibilité de satisfaire aux exigences de l'article 1326, puisqu'il « est toujours possible à la partie qui s'oblige, soit d'écrire « l'acte en entier, soit, tout au moins, d'exprimer dans un bon « ou un approuvé la nature de l'engagement qu'elle contracte » (1er mars 1853). La Cour de Paris a soutenu la même doctrine, quoique moins exigeante. Il lui suffit : « que, dans une formule « quelconque, le débiteur exprime d'une manière explicite qu'il « a connaissance de la nature et de l'importance de l'obligation « par lui contractée » (24 mai 1855). Mais ces motifs de la jurisprudence nous semblent faciles à réfuter. Quant à la possibilité d'écrire l'acte en entier, si elle existe au cas d'un seul obligé, il est bien évident qu'elle cesse, dès qu'il y en a plusieurs. Puis, ce qui est plus grave, nous contestons qu'on remplisse ainsi, selon l'esprit et la lettre de la loi, la formalité même de l'article 1326. Comme nous avons eu déjà l'occasion de le dire, cet article est une dérogation au droit commun ; or, par cela seul, il ne doit pas être étendu par analogie à des hypothèses que la loi n'a pas prévues. Que dit l'article 1326 ? que la somme ou la quantité de la chose doit être exprimée *en toutes lettres* ; or une pareille obligation n'a de raison d'être qu'autant que cette quantité peut s'exprimer en chiffres. Les mots « bon pour cau-

1. Aubry et Rau, VI, p. 394.

tionnement indéterminé » ne répondent donc en aucune façon au texte même de la loi ; j'ajoute qu'ils ne rentrent pas davantage dans son esprit. Car, si l'on veut abuser d'une signature, les mots : « bon pour cautionnement indéterminé », y mettront-ils le moindre obstacle ? Non, évidemment, puisqu'au-dessus d'une telle mention, l'escroc aura la facilité d'écrire telle obligation qui lui plaira, si onéreuse qu'elle puisse être, pourvu qu'il évite d'en préciser le montant. Notre opinion, d'ailleurs, a été consacrée par plusieurs cours, notamment la Cour d'Agen (9 nov. 1822), celle de Douai (25 nov. 1850), celle de Montpellier (6 déc. 1865), et celle de Poitiers (17 juin 1867).

Quelle que soit la forme de l'acte, quelle que soit sa nature, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il est né, s'il contient une promesse unilatérale et s'il réunit les caractères que nous venons d'indiquer, il tombe sous l'application de l'article 1326. Ainsi, peu importe qu'un contrat unilatéral ait revêtu les apparences d'une convention synallagmatique, il n'en reste pas moins soumis à la règle.

De même l'article 1326 s'applique certainement aux actes sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques imparfaites. Un écrit portant, par exemple, reconnaissance du dépôt d'une somme d'argent, ne peut être considéré que comme un acte unilatéral, dont l'effet est d'obliger le dépositaire à rendre la somme qui lui a été confiée ; d'où résulte que, s'il n'est pas de la main du dépositaire, il ne peut être valable que par l'approbation de la somme qui s'y trouve énoncée.

Contrairement à un usage assez général, les quittances nous semblent en dehors de l'art. 1326. Cet article ne vise que les billets ou promesses de payer ; or la quittance est tout le contraire, puisqu'elle constate la libération ou l'exécution de l'engagement.

Enfin l'obligation accessoire est soumise à la formalité du bon pour aussi bien que l'obligation principale.

III. — Alors même que, par sa nature et ses conditions, un acte se trouve compris dans les prescriptions de l'article 1326, il peut arriver cependant qu'il échappe à la règle, grâce au bénéfice d'exceptions résultant non plus de l'acte même, mais de la profession de son auteur.

L'article 1326, on se le rappelle, se termine ainsi : «... excepté « dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, « vignerons, gens de journée ou de service ». Ces expressions se trouvaient déjà, à quelques différences près, dans la déclaration de 1733.

L'expression de *marchands* doit être entendue *lato sensu*. Elle comprend les banquiers, les manufacturiers, les négociants. M. Bigot-Préameneu, dans son rapport, résumait les motifs, fort plausibles, de cette dispense, en disant qu'il était sage : « de « ne pas entraver par des peines de nullité la marche simple et « rapide du commerce ». Cette exception est attachée à la qualité personnelle du commerçant, et il n'y a pas à s'inquiéter de savoir si les actes souscrits par lui sont faits ou non dans l'intérêt de son commerce. L'exception est générale, et un commerçant ne peut jamais opposer le défaut de bon pour dans les actes qu'il a signés.

Quant aux artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service, l'exception, nous l'avons vu, a fourni contre la loi en question une des critiques les plus sérieuses. Ne sont-ce pas, en effet, ces personnes,dont l'éducation et l'instruction sont moindres, qui sont les plus exposées à des fraudes et à des surprises? La loi ne devait-elle pas, au contraire, les protéger spécialement ? Peut-être, en y regardant de plus près, le reproche perd-il un peu de sa force. Le législateur, en présence de ce fait, bien plus vrai encore en 1804 que de nos jours, que beaucoup de ces personnes savent signer leur nom sans savoir écrire, n'avait que deux partis à prendre : ou retourner au droit commun, ou imposer à des gens, peu fortunés pour la plupart, les frais et les longueurs d'un acte notarié pour les conventions les plus simples. C'est un motif d'humanité qui certainement lui a fait rejeter cette seconde décision, et il est injuste, ou tout au moins excessif, de lui reprocher si vivement une inconséquence qui, suivant l'expression de M. Marcadé, découlait de la nature même des choses.

Par laboureurs, vignerons, la loi entend ceux qui cultivent la terre, soit la leur, soit celle d'autrui, à titre de colons ou de fermiers, soit seuls, soit avec l'aide de leur famille, de domestiques

ou de journaliers, pourvu qu'ils en tirent leurs moyens d'existence. Étendre le sens de cette exception à toute personne qui s'occupe des travaux des champs, serait outrepasser la pensée de la loi ; d'autre part, poser une limite bien nette est impossible, et quand la question se présentera, la détermination de la profession rentrera dans le pouvoir d'appréciation des tribunaux.

Le mot artisan peut être aussi l'objet de l'appréciation du juge, car il est quelquefois difficile de distinguer l'artisan de l'artiste.

Quant aux gens de journée et de service, ces termes sont par eux-mêmes assez clairs pour n'avoir besoin d'aucune explication.

Ici se présente une question intéressante et pratique à la fois : La femme peut-elle bénéficier de l'exception dont jouit son mari ?

Il n'y a pas de doute pour la femme d'un marchand ; elle ne peut invoquer la profession de son mari pour profiter de l'article 1326. Car elle n'est pas marchande publique, alors même qu'elle détaillerait les marchandises et aiderait son mari dans son négoce, et l'article 113 du Code de commerce ne cesse pas de lui être applicable. Quand même elle ne ferait que cautionner une lettre de change de son mari, elle resterait tenue de mettre un bon pour à côté de sa signature.

Quant aux femmes de laboureurs, vignerons, la question est plus délicate. La Cour de cassation (9 décembre 1839) leur a appliqué le bénéfice de l'exception. Nous inclinons volontiers à partager cette opinion. Car, si une femme ne peut se dire commerçante qu'autant que la loi lui reconnaît cette qualité, le simple fait de fournir une coopération personnelle aux travaux de l'agriculture nous paraît suffisant pour attribuer aux femmes la profession de laboureur ou vigneron exercée par leur mari. Ajoutez que, d'ordinaire, elles n'ont pas plus de connaissances qu'eux, et que les mêmes motifs réclament pour elles le bénéfice de l'exception. Si on objecte que leurs occupations se bornent habituellement à l'intérieur du ménage, on peut répondre qu'elles retombent alors sous l'application de la règle à titre de gens de journée ou de service. Elles rentreraient forcément, du reste,

dans cette catégorie, si, en dehors des heures où les soins du ménage les retiennent chez elles, elles louaient leurs services, ne fût-ce que pour un temps très court. D'ailleurs, c'est là encore une question de fait, livrée à l'appréciation du juge.

Pour savoir si la formalité du bon pour a dû être remplie, il faut se reporter à l'époque de la signature du billet et examiner quelle était, à ce moment, la profession du signataire. Si ce dernier n'était plus ou n'était pas encore laboureur, vigneron, commerçant, etc., il était tenu de mettre un bon pour et ne pouvait, pour s'en dispenser, invoquer sa qualité antérieure ou postérieure.

Dans le cas de plusieurs souscripteurs d'un billet ou d'une promesse, si les uns rentrent dans la règle générale et les autres dans l'exception de l'article 1326, chacun doit agir comme s'il était seul souscripteur, sans que les prescriptions auxquelles il doit se conformer soient modifiées par la présence de ses coobligés.

Remarquons, en terminant ces observations, que la loi s'attache, non au degré d'instruction de la personne, mais seulement à la profession qu'elle exerce. Néanmoins, une personne du nombre de celles désignées dans la fin de l'article 1326 ne pourrait se dispenser des formalités édictées au commencement de cet article, s'il signait des actes comme fonctionnaire. Ainsi un maire ou un adjoint laboureur, signant pour engager sa commune, doit accompagner son nom d'un approuvé ou d'un bon pour, avec mention en toutes lettres de la quantité ou de la somme due : la profession habituelle disparaît alors devant la fonction publique.

IV. — En cas d'inobservation des formalités de l'article 1326, quelle sera la sanction ?

La déclaration de 1733 portait que les billets non approuvés seraient de nul effet et valeur, et que le paiement n'en pourrait être ordonné en justice. L'article 1326, nous l'avons dit, n'a pas renouvelé cette nullité.

Il faut en conclure que le défaut d'approbation d'un acte sous seing privé n'exerce aucune influence sur la validité de l'engagement lui-même. C'est toujours le même principe que nous retrouvons ici de la distinction qu'il faut faire entre l'obligation et sa preuve. L'effet de cette omission est donc simplement d'empêcher

l'acte de former par lui-même la preuve complète de l'engagement qu'il énonce et de l'empêcher d'atteindre ainsi le but que s'étaient proposé les parties en le rédigeant.

Mais cet acte imparfait constitue-t-il au moins un commencement de preuve par écrit ? Malgré quelques hésitations de la part de la jurisprudence, qui aujourd'hui, du reste, paraît fixée sur ce point, nous admettons l'affirmative. Car si cet acte ne fait pas preuve complète, il constitue du moins, à n'en pouvoir douter, « un écrit émané de celui contre lequel la demande est « formée et qui rend vraisemblable le fait allégué » (art. 1347).

Cette opinion nous paraît parfaitement fondée, et voici la réponse très concluante que font MM. Aubry et Rau aux objections qu'on pourrait lui opposer : « Vainement objecterait-on « que cette manière de voir tend à rendre à peu près illusoire la « disposition de l'article 1326. Cette objection est sans portée. « La disposition de cet article a même, dans notre système, une « sanction réelle et positive, en ce que l'omission de la formalité « qu'il prescrit enlève aux billets ou promesses la force pro- « bante qui, en règle générale, est attachée aux actes sous seing « privé dont la signature est reconnue ; de telle sorte que le « juge n'est ni obligé, ni autorisé à prononcer une condamna- « tion sur le seul fondement de pareils billets ou promesses, et « jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de les ad- « mettre ou de les rejeter, lorsque le créancier s'en prévaut « comme constituant un commencement de preuve par écrit. « Or ce pouvoir discrétionnaire nous paraît être une garantie « suffisante contre les dangers de surprise ou de fraude, que « l'article 1326 a eu pour objet de prévenir. Frapper d'une « inefficacité absolue les promesses ou billets non approuvés, « ce serait dépasser le but de la loi et permettre aux débiteurs « de mauvaise foi de refuser l'exécution d'engagements dont la « sincérité ressortirait cependant de toutes les circonstances « de la cause » [1].

L'irrégularité résultant du défaut d'approbation peut se couvrir par l'exécution, et une personne qui a exécuté la convention

1. Aubry et Rau, t. VIII, p. 249.

contenue dans un acte non revêtu du bon ou approuvé ne serait pas recevable à se prévaloir de l'inobservation de cette formalité. Il faut cependant distinguer entre l'exécution totale et l'exécution partielle. Cette dernière est insuffisante, car elle ne rend pas certain le montant de l'obligation. Je me suis, je le suppose, engagé à payer la somme de cent francs, et, par suite d'une erreur, le corps du billet non approuvé porte deux cents francs. Je paie cinquante francs à titre d'à-compte : ce paiement de cinquante francs ne pourra évidemment pas décider si c'est deux cents francs ou seulement cent francs que je dois. Seule l'exécution totale couvre pleinement le vice de forme.

Ce vice est-il susceptible de se prescrire? Voici à ce sujet ce que dit M. Duranton : « L'acte nul par contravention à l'article « 1326 ne devient pas valable par le silence du souscripteur pen- « dant dix ans, depuis le jour où il a été souscrit et même depuis « l'échéance ; l'article 1304 n'est pas applicable à ces actes, « attendu qu'ils ne prouveront pas plus la réalité de la dette « après les dix ans de leur date, que dans les dix ans de cette « même date. Ce n'est pas par action en nullité ou en rescision « que procède celui à qui on l'oppose, c'est par exception de nul- « lité de ce même acte considéré comme preuve de l'obligation « dont le paiement est demandé ; c'est comme preuve de l'obli- « gation qu'il est présenté, c'est comme preuve qu'il est écarté ; « car cette preuve n'a pas plus de force aujourd'hui qu'au temps « où l'acte a été souscrit [1] ».

§ III. — *De la formalité des doubles.*

Nous venons d'exposer les règles spéciales à certains actes sous seing privé contenant des conventions unilatérales. Nous allons en étudier d'autres maintenant, spéciales aux actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques.

Ces règles consistent dans la formalité du double écrit, ou des doubles, qui a donné lieu à la célèbre théorie du même nom.

Cette théorie, inconnue du droit romain, est toute d'origine

1. Duranton, XIII, n° 185.

française. Elle n'a été nettement formulée et définitivement établie qu'au XVIII[e] siècle, par un arrêt du Parlement de Paris du 30 août 1736, suivi de plusieurs autres conformes (6 avril 1740, 24 janvier 1767, 29 novembre 1781).

Toutefois, pour n'être apparue que très tard dans notre ancien droit, il ne s'en suit pas que la théorie des doubles fût une idée nouvelle. Dès le XIII[e] siècle, c'est elle qui inspire les chartes-parties, actes destinés à l'affrétement des navires et dont le nom se retrouve encore dans notre Code de commerce (article 273). C'était une feuille de parchemin que l'on coupait en deux et dont chacun des contractants gardait la moitié : le rapprochement des deux moitiés fournissait ensuite la preuve du contrat.

Mais un tel usage, on le comprend, ne peut avoir toute son efficacité qu'autant que le texte entier est remis à chacune des parties, qui, munie de cet original, possédera désormais un document complet et n'aura plus à redouter, pour en établir le contenu, la négligence ou la fraude de son adversaire. La raison l'indiquait, et c'est ce qui fut mis en pratique de fort bonne heure. En Angleterre, l'usage s'est maintenu dans sa forme primitive sous le nom d'écrits dentelés. Ce sont les actes faits en autant de doubles qu'il y a de contractants. On place ces doubles les uns sur les autres et on les coupe en forme de dents sur l'un des bords ; la confrontation de ces dentelures et la correspondance exacte qui doit exister entre elles quand on juxtapose de nouveau les actes les uns sur les autres, en vérifie suffisamment l'identité.

En France, la rédaction de l'acte en autant d'exemplaires qu'il y avait de parties fut, moins la formalité toute matérielle de la dentelure, d'un usage aussi ancien et aussi répandu qu'en Angleterre. Mais ce qu'il faut bien remarquer, c'est que, dans l'un et l'autre pays, la rédaction en double original n'était qu'une précaution, dont l'omission pouvait compromettre, à la vérité, les intérêts des parties, mais n'influait pas sur la validité intrinsèque de l'écrit.

C'est cette situation que l'arrêt du Parlement de Paris du 30 août 1736 vint modifier en France. Transformant l'usage antérieur en solennité rigoureuse, cette jurisprudence décidait : que tout acte sous seing privé qui contenait une convention synallag-

matique devait être fait double, de telle sorte que chaque partie pût avoir en sa possession un original ; que chaque original devait porter la mention qu'il avait été fait double et indiquer le nombre des doubles ; le tout, aussi bien que chacune de ces prescriptions séparément, à peine de nullité absolue, non seulement de l'acte, mais de la convention elle-même, à tel point, que cette nullité ne pouvait être couverte, même par l'exécution.

« Il fallait, dit M. Bonnier, avoir la manie, trop commune « chez nous, de tout réglementer, pour transformer ainsi une « mesure de précaution en une nécessité de droit [1]. »

Voici par quel raisonnement on expliquait cette théorie :

L'essence des conventions synallagmatiques, c'est que les deux parties soient réciproquement obligées l'une envers l'autre.

Or, cet engagement réciproque ne saurait prendre naissance, quand l'acte a été fait en un seul original, ou quand chacun des deux originaux, dans le cas où ils existent, ne porte pas la mention expresse qu'il a été fait double.

Donc, si ces deux conditions ne sont pas réunies, pas de réciprocité possible et, par conséquent, pas de convention synallagmatique possible.

Tel est, en résumé, le raisonnement qu'avait fait le Parlement de Paris. En voici le développement donné par M. de Grainville, l'un des magistrats qui avaient concouru à l'arrêt de 1736 : Un acte est absolument nécessaire pour établir qu'il y a eu une convention entre les parties. Il est établi par le principe naturel des engagements que si l'acte est sous seing privé, il doit être double, quand il contient des conventions réciproques ; si l'une des parties ou toutes les deux ont pu sonstraire la preuve que l'acte a été fait double, l'acte est nul et ne peut prouver qu'il y a eu une convention : il n'a formé aucun engagement entre les parties.

La nécessité d'une égalité absolue entre les parties au point de vue de la preuve, telle est, en effet, l'idée capitale qui domine et inspire toute la doctrine que nous exposons : « L'acte, dit « encore M. de Grainville, doit prouver à l'un et à l'autre un

1. Bonnier, II, n° 684.

« engagement réciproque, pour obliger celui contre qui on veut « s'en servir à l'exécuter.

« Un écrit dont l'exécution a pu dépendre de la bonne ou de « la mauvaise foi des parties, n'a point la forme d'un engage- « ment entre elles, parce qu'il est contre la nature des conven- « tions réciproques, que l'une des parties soit obligée et ne « puisse contraindre l'autre.

« Un acte qui ne donne point à la partie qui l'a passé, le « moyen de le faire exécuter par l'autre, est un acte de nul effet ; « et si l'une peut refuser l'exécution, il faut nécessairement que « cette liberté soit accordée à toutes les deux, ou qu'il soit dé- « claré nul à l'égard de l'une et de l'autre. »

Poursuivant l'explication de sa théorie, M. de Grainville justifiait par les mêmes raisons la nécessité absolue de la mention des doubles : « Il n'est pas difficile d'appliquer ces principes au dé- « faut d'énonciation de fait double dans les deux actes. L'une ou « l'autre des parties pouvait supprimer son double ; celui qui « aurait voulu exécuter n'avait aucun moyen pour prouver qu'il « avait été fait double et que, par conséquent, l'engagement était « obligatoire ou réciproque.

« Il est vrai que (dans l'espèce) les deux doubles étaient repré- « sentés ; mais cette représentation ne rectifiait pas le défaut « d'énonciation qu'ils avaient été faits doubles. Cette représenta- « tion ne donnait point à l'acte le caractère qu'il n'avait pas : il « était nul dans son principe, parce que ni l'un ni l'autre de ces « doubles ne donnait aux parties la preuve que la convention « était réciproque et, par conséquent, obligatoire. »

A cette sorte d'exposé de motifs, il est aisé de reconnaître que la doctrine du Parlement reposait tout entière sur la plus étrange confusion entre la formation de l'obligation et la validité de l'écrit destiné à lui servir de preuve.

Que la réciprocité du lien de droit fût de l'essence même des contrats synallagmatiques, cela était évident. Mais que ce lien réciproque ne pût se former en dehors de la rédaction d'un double original portant la mention du fait double, voilà ce qui était contraire au principe fondamental de notre droit : que l'obligation est formée par le seul accord de la volonté des parties et que, sauf

exceptions, l'écrit, public ou privé, n'est que la preuve de cet accord. C'était faire un long pas en arrière et revenir au formalisme étroit du droit romain primitif.

Quant à l'impossibilité de couvrir le vice de l'acte par l'exécution, c'était une exagération évidente, qui restait, malgré les efforts de M. de Grainville, véritablement inexplicable, tant au point de vue de la science qu'à celui de l'équité.

Aussi, dès le début, cette jurisprudence souleva-t-elle de nombreuses et vives résistances, et malgré l'approbation du plus grand nombre, elle échoua jusqu'au bout devant certains Parlements.

Les rédacteurs du Code n'ont pas voulu rejeter absolument une doctrine d'une utilité pratique très réelle et consacrée par un usage ancien, et ils ont consacré la nécessité du double écrit dans l'article 1325, ainsi conçu : « Les actes sous seing privé qui « contiennent des conventions synallagmatiques ne sont vala- « bles qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y « a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original « pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Chaque ori- « ginal doit contenir la mention du nombre des originaux qui en « ont été faits. Néanmoins le défaut de mention que les originaux « ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui « qui a exécuté de sa part la convention portée en l'acte. »

I. — La formalité du double écrit consiste donc en deux conditions : 1° la rédaction de l'acte en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ; 2° la mention portée sur chacun de ces originaux du nombre qui en a été fait.

Quant à la première condition, il peut être parfois délicat de déterminer combien de parties possèdent un intérêt distinct, et il est nécessaire de bien saisir le sens de ces expressions.

Est-ce à dire qu'il faudra autant d'originaux que d'individus figurant dans l'acte ? Non, assurément, ce n'est pas là la pensée de la loi. La preuve, c'est que, pour enlever sur ce point toute équivoque, on remplaça par les mots *intérêt distinct*, ceux d'*intérêt particulier* qui étaient proposés par le projet de loi. En effet, distinct et particulier, a-t-on dit, ne sont pas synonymes. Des co-

débiteurs solidaires ont chacun leur intérêt particulier, et cependant ils n'ont pas un intérêt distinct.

Au point de vue qui nous occupe, on doit considérer, dans une convention synallagmatique, comme ayant un intérêt distinct, celles des parties auxquelles la convention, par elle-même, par son effet direct et immédiat, impose des obligations respectives ayant le caractère de la réciprocité. Dès lors on conçoit que sous ce nom de partie on peut comprendre, de chaque côté, un grand nombre de personnes ayant dans l'acte un intérêt commun, bien que, plus tard et par une conséquence indirecte de cet acte même, il puisse survenir entre elles des règlements, des liquidations, divisions, actions en recours ou en indemnité.

« Ce principe posé, dit M. Demolombe, les applications s'en « présentent d'elles-mêmes. Pierre, Paul et Jules font entre eux « un contrat de société par acte sous signature privée. Il faudra « que cet acte soit fait en trois originaux ; car il y a bien là en « présence trois intérêts distincts. Mais que, ensuite, les trois « associés fassent un contrat quelconque, par acte sous signature « privée, avec un tiers, pour les affaires de la société, il suffira, « au contraire, que cet acte soit fait en deux originaux, l'un pour « le tiers, l'autre pour les trois associés, qui ont alors le même « intérêt [1]. »

Cette solution peut servir de type pour régler tous les cas semblables: par exemple, celui où deux propriétaires de la même maison la vendent à un tiers ; celui où plusieurs cohéritiers de la même personne traitent avec un tiers au sujet de la succession dont ils sont investis. Du reste, c'est seulement par la nature de chaque acte et par sa rédaction que l'on pourra reconnaître combien il y a de parties ayant un intérêt distinct, et il y a là une question de fait livrée à l'appréciation des tribunaux.

Quand l'écrit a été fait double, il faut de plus, aux termes du paragraphe 3 de l'article 1325, sur chaque exemplaire, la mention du nombre des originaux. M. Joubert disait à ce sujet au Tribunat : « Il ne suffit pas que l'acte ait été fait en autant d'ori- « ginaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ; il faut en-

1. Demol. *Traité des contrats et obl.*, t. VI, n° 408.

« core que chaque original contienne la mention du nombre « des originaux qui ont été faits ; s'il y a deux parties, il doit « être dit : fait double ; s'il y en a trois, il doit être dit : fait tri- « ple, etc. »

On décide assez généralement que la mention : fait en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, remplit suffisamment le vœu de la loi, sans autre indication du nombre de ces originaux. Nous croyons que c'est là une solution contraire au texte même de l'article 1325. Cet article semble bien exiger clairement, dans la mention des doubles, l'expression du chiffre, et cet argument se trouve singulièrement corroboré par les paroles de M. Joubert que nous citions tout à l'heure. Nous y trouvons en effet la formule de la mention, telle que le législateur entendait qu'elle fût rédigée : « S'il y a deux parties, il doit être dit : fait double. « S'il y en a trois, il doit être dit : fait triple ». Il était difficile d'être plus explicite. Qu'on ne nous oppose pas qu'il n'y a là qu'un argument de texte, en contradiction avec l'esprit de la loi. Car, si le texte est précis, nous croyons que l'esprit, le but de la loi, ne l'est pas moins. Le législateur a voulu, au moyen de cette mention, s'assurer de l'accomplissement de la formalité qu'il prescrivait ; or, comment s'en assurer, si cette mention ne porte pas le nombre des originaux rédigés ? Il saura bien que l'on a rédigé plusieurs doubles, et il lui sera impossible de se rendre compte si ces doubles ont été faits en assez grand nombre. Etant donné que c'est là le but unique qu'il s'agit d'atteindre, la mention : rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, devient absolument inutile. Voilà pourquoi nous n'hésitons pas à repousser cette trop large interprétation.

Peu importe que les originaux soient écrits de la même main ou par des personnes différentes, signés ensemble ou à des jours et dans des lieux différents. Il suffit également que l'original remis à chaque partie porte la signature de toutes les autres ; car on n'a pas besoin de se fournir à soi-même un titre, et l'échange des signatures suffit pleinement à réaliser vis-à-vis de chacun l'obligation.

II. — Voici en quoi consiste la formalité des doubles. A quels actes la loi a-t-elle entendu l'appliquer ? A tous les actes synal-

lagmatiques, d'où la difficulté consiste tout entière dans une question de fait. Quelque nom que les parties aient donné à leur acte, il faudra examiner, dans chaque cas, si la convention est ou n'est pas synallagmatique.

Ainsi l'article 1325 n'est pas applicable aux reconnaissances de dette, aux arrêtés de compte, aux promesses unilatérales de contrats synallagmatiques, etc., etc. On a décidé, au contraire, qu'il s'appliquait au contrat particulier qui consiste dans la souscription à un ouvrage de librairie (Rej. 8 nov. 1843. — Paris, 1er mai 1848).

III. — Reste l'importante question de savoir quelle est la sanction que l'article 1325 a entendu attacher à l'inobservation de ces formalités.

Le Parlement de Paris, on se le rappelle, avait prononcé du même coup la nullité de l'acte et celle de la convention, et il avait de plus décidé que cette nullité ne pouvait être couverte, même par l'exécution. Le Code n'a point suivi sur ce dernier point la doctrine du Parlement, et son texte à cet égard est formel. Mais l'a-t-il reproduite pour le surplus, c'est-à-dire la convention elle-même est-elle nulle ? C'est ce que M. Demolombe a soutenu dans un système longuement développé [1].

Il commence par affirmer : « que, dans le cas où la formalité « de l'article 1325 n'a pas été accomplie, l'existence de la con- « vention ne peut être établie par aucun mode de preuve, si ce « n'est par celui-là seulement que réserve cet article et qui « résulte de l'exécution que la convention aurait reçue. »

Puis, combattant l'opinion de ceux qui pensent que le mot acte a été employé par l'article 1325 dans son sens propre, très distinct de la convention et ne désignant que l'instrument écrit, il prétend prouver le contraire, en s'appuyant surtout sur la terminologie du Parlement de Paris qui a fondé la doctrine, et il ajoute : « Voilà comment une formalité, qui se rapporte par « elle-même à une question de forme et de preuve, s'est toujours « transformée en une question de fond et de validité de la con- « vention ». D'où il conclut que le Code, en annulant l'acte, a

1. Demol. *Traité des contrats et obl.*, t. VI, nos 426 et suiv.

dû bien certainement, dans sa pensée, annuler du même coup la convention.

Avant de poursuivre l'examen de ce système, nous lui ferons un premier reproche, c'est d'être inconséquent. Car, s'il est vrai que la convention est nulle, absolument nulle par le seul fait de l'omission des formalités de l'article 1325, comment comprendre que la loi ait pu en réserver la preuve, même réduite à un seul cas particulier ? On ne peut prouver que ce qui existe ; or, aux yeux de la loi, ily a impossibilité absolue à ce que la convention puisse exister ; donc, pour être tout à fait logique, il fallait suivre jusqu'au bout le Parlement de Paris qui, conséquent avec lui-même, n'admettait aucune espèce de preuve.

D'ailleurs, M. Demolombe n'admet pas l'explication fournie par l'ancien droit de la théorie des doubles, cette nécessité, dans une convention synallagmatique, de maintenir toujours les parties dans une parfaite égalité au point de vue des moyens de preuve. Il n'admet pas davantage qu'on puisse qualifier de simple projet, comme M. Zachariæ, l'acte non fait double : à son sens, il y aurait là plus qu'un projet.

Pour lui, la véritable base de la théorie moderne des doubles est dans cette présomption de la loi : que cette convention, que les parties entendaient conclure définitivement, elles n'entendaient la conclure que *conditionnellement*, c'est-à-dire sous la condition que l'acte sous seing privé qu'elles étaient convenues d'en dresser, serait régulier, et qu'il fournirait en conséquence à chacune d'elles un égal moyen de la prouver. Par l'effet de cette présomption, lorsque l'acte n'est pas régulier, c'est la convention même qui tombe par suite de l'inaccomplissement de la condition sous laquelle elle avait été formée. Quant à la preuve, il n'y a qu'à appliquer l'article 1352, second alinéa : « Nulle preuve n'est « admise contre la présomption de la loi..... à moins qu'elle « n'ait réservé la preuve contraire. » Or, dans l'espèce, cette preuve est réservée, mais sous une seule forme : l'exécution.

Nous ne ferons qu'un reproche à ce raisonnement, c'est de supposer constant le point qu'il aurait précisément fallu démontrer, à savoir : l'existence de la présomption invoquée par M. Demo-

lombe. Si cette présomption existe, son système est inébranlable ; mais si elle n'existe pas, il s'écroule tout entier.

Remarquons d'abord que si cette présomption existe, elle est, dans tous les cas, peu claire et très discutable, quant à son vrai sens et à sa portée ; puisque, tandis que M. Demolombe la fait porter sur cette condition suspensive : « j'entends contracter à la « condition que l'acte sera régulier », M. Zachariæ lui donne un autre objet et l'applique au caractère de simple projet qui serait attribué par la loi à l'acte irrégulier. Mais il faut aller plus loin et décider de la façon la plus formelle que cette présomption, qui n'est établie par aucun texte formel, n'existe pas. Mais, dit M. Demolombe, elle est fondée sur le motif le plus sérieux, à savoir : sur l'interprétation, généralement très exacte, de la commune intention des parties contractantes. A merveille, mais quelque bonne raison qu'il y eût de l'admettre, il faut avant tout savoir si le législateur l'a admise en réalité. Or, pour constituer le *plerumque fit* en la matière, elle n'en reste pas moins une pure question de fait, à vérifier pour chaque cas déterminé.

S'il est constant que les parties ont entendu subordonner l'accord de leurs volontés à la passation d'un acte sous seing privé régulier, il est bien clair que, cet acte étant nul, la convention ne se sera jamais formée. Mais, dans le cas contraire, et si les parties n'ont dressé un acte que pour se procurer une preuve de la convention déjà arrêtée entre elles, nous ne voyons pas pour quel motif, l'acte étant nul, on annulerait également la convention.

La théorie de MM. Aubry et Rau nous paraît bien préférable. L'acte qui contient une convention synallagmatique quand il est fait double et contient les mentions voulues, forme une preuve complète de la convention qu'il renferme. Si les formalités de l'article 1325 sont omises, ou l'une d'elles seulement, la convention reste la même ; c'est la preuve qui déchoit, c'est le moyen de preuve qui dégénère [1].

L'acte est donc nul, en tant que preuve complète, mais il ne perd pas pour cela toute espèce de valeur. En effet, cette convention qui subsiste toujours, les parties, à défaut de l'acte, sont

1. Aubry et Rau, t. VIII, p. 223.

admises à la prouver par les moyens ordinaires, et si elles ont besoin pour cela d'un commencement de preuve par écrit, l'acte pourra leur en servir. On l'a contesté. M. Demolombe, en particulier, combat très vivement cette idée et considère comme impossible de prendre pour commencement de preuve un écrit qui ne se borne pas à rendre la convention vraisemblable, mais l'explique d'ordinaire dans ses plus minutieux détails. Cet argument, nous l'avouons, nous touche peu : l'acte signé de la partie à qui on l'oppose rentre trop exactement dans les termes de l'article 1347, pour refuser d'y voir un commencement de preuve par écrit. Quant à la vraisemblance exigée par le même article, c'est, nous semble-t-il, un simple minimum fixé par la loi. Au delà, plus de commencement de preuve par écrit ; mais si l'écrit, au lieu d'indications vagues, fournit les détails les plus explicites, le commencement de preuve n'en sera que plus parfait : voilà tout.

SECTION II.

DE LA FORCE PROBANTE DES ACTES SOUS SEING PRIVÉ.

Nous avons épuisé ce qui concerne d'une façon plus spéciale la forme que doivent, suivant les cas, revêtir les actes sous seing privé.

Supposons maintenant un acte de cette nature parfaitement régulier et demandons-nous quelle sera sa force probante, tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers.

L'article 1322 fournit à cette question une réponse ainsi conçue : « L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on « l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a entre ceux qui « l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même « foi que l'acte authentique. »

La première condition qui nous apparaît comme nécessaire à la force probante de l'acte sous seing privé, c'est donc la reconnaissance ou la vérification de son écriture. C'est là, on se le rappelle, la grande différence qui sépare l'acte sous seing privé de l'acte au-

thentique, car ce dernier se prouve lui-même, par le seul fait de sa représentation : *acta probant seipsa.*

Est-ce à dire que, pour le faire exécuter, le porteur d'un acte sous seing privé devra toujours commencer par former une demande en reconnaissance d'écriture? Cela était vrai dans l'ancien droit, et c'était seulement à titre d'exception qu'une déclaration du 15 mai 1703 permettait de conclure *de plano* à la condamnation, quand il s'agissait d'effets de commerce. L'exception de l'ancien droit est devenue la règle aujourd'hui, Le porteur peut demander directement le paiement, avant d'avoir conclu à une vérification d'écriture ; en présence de cette demande, le silence du défendeur équivaut à une reconnaissance, et le désaveu qu'il peut faire de sa signature ou de l'écriture qui lui est opposée, n'est entre ses mains qu'une exception. La reconnaissance, on le voit, peut être volontaire et même tacite.

Mais si la partie refuse cette reconnaissance qu'on lui demande, comment faudra-t-il procéder ? Les articles 1323 et 1324 nous l'indiquent.

Celui à qui on oppose un acte sous seing privé n'est pas libre des termes dans lesquels il entend énoncer son refus. La loi ne lui permet aucune équivoque, aucun faux-fuyant : « Celui au- « quel on oppose un acte sous seing privé, dit l'article 1323, est « obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou « sa signature ». On comprend l'utilité d'une telle mesure. Il ne pouvait dépendre du mauvais vouloir d'une partie de prolonger l'incertitude sur une question pouvant entraîner après elle les conséquences les plus graves. Des explications quelconques ne pouvaient suffire, et le génie des plaideurs n'aurait pas manqué d'en découvrir parfois qui eussent singulièrement embarrassé le procès. A cette question catégorique : cette écriture, cette signature est-elle de vous ? le défendeur doit répondre d'une façon non moins catégorique, oui ou non. En effet, il doit savoir à quoi s'en tenir sur le rôle qu'il a joué dans l'acte qu'on lui oppose.

Il peut en être autrement de ses héritiers ou ayants cause. Aussi l'article 1323 ajoute-t-il : « qu'ils peuvent se contenter de « déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature « de leur auteur ».

Dans les deux cas, la conséquence est la même ; déniée formellement ou simplement méconnue, la signature a besoin d'être vérifiée judiciairement. C'est ce que déclare l'article 1324 : « Dans le « cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le « cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne la point con- « naître, la vérification en est ordonnée en justice ».

Cette vérification pourra se faire par titres, par experts ou par témoins (art. 195, C. proc. civ.). Le juge est libre d'ordonner soit cumulativement, soit successivement, ces trois modes de vérification, ou de se déterminer d'après un seul de ces moyens. Il peut même n'en employer aucun et se déclarer convaincu d'après ses propres observations. « L'article 1324 signifie seulement, « dit M. Boncenne, qu'une pièce ne peut être mise à l'écart ou « rejetée, par le seul motif qu'elle n'aurait point été avouée ou « reconnue ;..... il faut que la question soit posée et que le doute « soit éclairci..... Mais il ne s'en suit point qu'il soit interdit aux « juges d'examiner, de vérifier et de prononcer, avec l'unique « secours de leurs propres lumières, sur la sincérité d'une écriture « déniée ou méconnue : il suffit que la sentence constate l'examen « qu'ils ont fait et la conviction qu'ils y ont puisée [1]. »

Une autre voie est ouverte à celui qui veut contester la sincérité de l'écriture sous seing privé qui lui est opposée : c'est l'inscription de faux (art. 214, C. proc.). Il faut remarquer d'abord que ce moyen, en règle générale, n'est pas obligatoire, puisque le but de la loi a été précisément d'en offrir un autre, plus simple, dans la dénégation ou la simple méconnaissance. Il aurait le désavantage de changer singulièrement la position du défendeur qui, au lieu d'attendre la preuve sollicitée par son adversaire, se verrait dans la nécessité de devenir à son tour demandeur dans une procédure pénible et compliquée. Cependant il peut être utile de prendre cette voie, lorsqu'on désire aboutir à un procès criminel, et il devient nécessaire de le faire dans un cas : c'est lorsqu'on veut attaquer un écrit qui déjà a fait l'objet d'une vérification en justice. Cela résulte de l'article 214 du Code de procédure civile, qui n'est lui-même que la reproduction de l'ordon-

1. Boncenne, *Th. de la Procéd.*, t. III, ch. XX, p. 486.

nance de 1737 sur le faux. La procédure serait alors absolument la même que s'il s'agissait d'un acte authentique.

Revenons à l'article 1322. Lorsqu'un acte sous seing privé aura été reconnu ou dûment vérifié, il aura donc à l'égard des parties, de leurs héritiers, de leurs ayants cause, la même foi probante que l'acte authentique, il lui sera complètement assimilé. Nous n'avons donc qu'à nous reporter ici à ce que nous avons dit plus haut des actes authentiques.

Ces actes, s'ils ne sont exécutoires qu'entre les parties, ont la même force probante *erga omnes*. Faut-il en conclure qu'il en doit être absolument de même de l'acte sous seing privé ? Reconnu ou vérifié, fera-t-il désormais, à l'égard des tiers, foi dans toutes ses parties ? Non, et nous rencontrons ici une exception remarquable au principe que vient de poser l'article 1322 : c'est celle de l'article 1328. L'acte même reconnu ou vérifié, il est une énonciation qui doit, pour avoir autorité à l'égard des tiers, réunir des conditions spéciales : c'est la date.

« Les actes sous seing privé, dit l'article 1328, n'ont de date « certaine contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, « du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont sous- « crits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes « dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de « scellés ou d'inventaire. »

1° Enregistrement. C'est la relation d'un acte sur un registre public. Ce qu'il faut considérer ici, c'est la relation sur le registre lui-même, et non l'indication que les receveurs sont tenus de mettre sur les titres enregistrés ; aussi, s'il y avait une différence entre la date du registre et celle de la mention, il faudrait s'en tenir uniquement à la première.

2° Mort de l'une des personnes qui ont souscrit l'acte. La fraude de l'antidate n'est plus alors possible, et c'est le motif qui a déterminé le législateur. On peut objecter que, par un abus de blanc-seing, il est facile d'écrire au-dessus de la signature d'une personne décédée ; mais c'est là un crime fort rare et qui ne pouvait entrer dans les prévisions de la loi.

A quel titre faut-il que le défunt ait signé l'acte, pour lui donner date certaine par son décès ? Il n'y a aucune difficulté

si ce signataire était obligé principal ou caution ; mais que décider s'il avait été appelé comme conseil ou comme témoin à l'acte ? L'article 1328 n'exige pas que le signataire décédé ait été partie intéressée ; la seule condition par lui demandée, c'est que le défunt ait souscrit l'acte, sans s'inquiéter en quelle qualité : qu'elle frappe une partie contractante ou tout autre signataire, la mort rend toute antidate impossible.

3° Constatation de la substance dans un acte dressé par un officier public. Les exemples de procès-verbaux de scellés ou d'inventaire que donne la loi sont de nature à nous indiquer ce qu'elle entend par ce troisième moyen. C'est le signalement de l'acte, tel qu'on ne puisse se tromper et qu'il ne reste pas d'équivoque , c'est-à-dire sa description, son analyse, l'indication de son objet, sa date apparente et les noms des parties. Les procès-verbaux de scellés et d'inventaire ne sont cités qu'à titre d'exemple, et le même effet sera donné à tout acte émanant d'un notaire, d'un avoué, d'un huissier, à un jugement, à une décision ministérielle remettant les peines encourues pour enregistrement tardif (Riom, 24 janvier 1842), et même à la relation dans un autre acte sous seing privé acquérant date certaine par un des modes de l'article 1328 : ces deux actes, en effet, deviennent inséparables et ne peuvent se distinguer l'un de l'autre.

L'article 1328 est limitatif et restrictif dans sa disposition ; en dehors des trois cas prévus, l'acte sous seing privé ne peut acquérir date certaine. Cela résulte du texte même de la loi : « les actes..... n'ont de date.... que du jour, etc... », et des travaux préparatoires; car ce n'est qu'après une discussion qu'on a ajouté au projet du Code, qui ne prévoyait que le cas de mort, la circonstance de la substance de l'acte privé relatée dans un acte public, adjonction qui n'aurait aucun sens, si l'article 1328 n'était qu'énonciatif.

Malgré cela, Toullier n'y a vu que trois applications d'un principe général. Selon lui, partout où il y aura impossibilité d'antidate, l'acte sous seing privé aura date certaine, et pour développer et prouver son idée, ce jurisconsulte prend l'exemple d'un homme qui aurait perdu les deux bras. M. Bonnier fait remarquer à ce sujet qu'un peintre de talent, privé de bras, ne pei-

gnait qu'avec le pied, et l'on pourrait ajouter l'exemple plus récent du général Sumpt qui, ayant eu les deux mains emportées à la bataille de Reichsoffen, est arrivé, au moyen d'appareils, à signer son nom. La doctrine de Toullier fait de la certitude de la date une affaire d'appréciation ; or, c'est précisément ce que le Code a voulu éviter, en donnant une base fixe aux droits des parties. Ainsi l'absence, même déclarée, l'emprisonnement, la maladie, l'apposition du timbre de la poste, n'ont pas la force suffisante pour donner date certaine à l'acte sous seing privé.

En matière commerciale, où l'acte sous signature privée a une grande importance et est d'une pratique très fréquente, on n'applique pas l'art. 1328. La lettre de change et le billet à ordre font foi complète de leur date ; aussi, toute liberté d'appréciation est laissée au juge pour la sincérité et l'exactitude de la date. En matière civile, au contraire, on ne saurait être admis à prouver contre des tiers que l'acte sous seing privé, qui n'a pas acquis date certaine par les modes de l'art. 1328, porte une date apparente, réelle et sincère.

Si deux actes sous seing privé, émanés de la même personne, acquièrent date certaine le même jour et sont tels qu'ils se modifient ou se contredisent l'un l'autre, il faudra faire concourir ces deux actes ensemble, à moins d'une indication précise de l'heure ou du moment de la journée. Ainsi, si l'un des signataires, qui n'a figuré que dans l'un des actes, meurt à huit heures du matin, et que le signataire commun aux deux actes meurt à cinq heures du soir le même jour, le premier de des actes aura acquis date certaine antérieure avant le second : on rentrerait alors exactement dans les termes de l'art. 1328.

L'art. 1322 a posé, nous l'avons vu, en règle générale, la foi pleine et entière du contenu de l'acte vis-à-vis de toute personne. A cette règle, l'art. 1328 apporte une exception, spéciale à une partie de l'acte seulement, la date, et à une classe de personnes, les tiers.

Quel sens précis faut-il attacher à ce mot de tiers? Que comprend cette dénomination, en opposition, dans l'espèce, avec celle d'ayant cause? A quel signe reconnaîtra-t-on sûrement les uns

et les autres? Telles sont les graves questions qui naissent du rapprochement des deux textes que nous avons cités.

Cette théorie de la distinction entre les ayants cause et les tiers ne paraît pas fort ancienne. On la rencontre vers le XVII[e] siècle dans notre ancienne jurisprudeuce, et elle y passe presque inaperçue. Pothier ne fait que la mentionner. C'est de nos jours seulement qu'elle est devenue célèbre par les disputes qu'elle a fait naître. Ce n'est pas que les textes abondent sur la matière, puisqu'ils se réduisent aux deux articles 1322 et 1328. Comme le dit très bien M. Demolombe : « c'est entre ces deux textes que le conflit s'engage » et qu'il s'agit de déterminer une limite précise d'application. La difficulté vient du sens variable que les mots de tiers et d'ayant cause ont dans notre droit.

On peut dire que le Code a employé le mot tiers dans trois acceptions bien distinctes.

a) Il y a d'abord les tiers de l'art. 1165. Ce sont les tiers proprement dits, ceux qui, absolument étrangers à l'acte, ne représentent en aucune façon les parties, n'ont rien de commun avec elles, et dont on peut dire en toute vérité que, pour eux, l'acte intervenu est « *res inter alios acta* ». On les a appelés des *penitus extranei*.

b) Dans l'art. 1321, au contraire, les tiers ne sont plus seulement des étrangers, ce sont de véritables ayants cause, personnes qui ont des relations avec l'une ou l'autre des parties signataires de la contre-lettre, et qui, pécisément à cause de cela, ont intérêt à la critiquer. La Cour de cassation a posé elle-même la limite en comprenant sous le mot tiers tous ceux qui n'ont pas souscrit la contre-lettre (20 avril 1863).

c) Il y a, enfin, les tiers de l'art. 1328. Que comprennent-ils ? D'abord les *penitus extranei*, cela est trop évident, et l'on peut ajouter en toute certitude que le texte n'a pas été fait pour eux, car ils n'en avaient pas besoin. Le principe qu'on ne saurait céder les droits d'autrui et qu'on ne peut être atteint par les conventions des autres, suffisait amplement à les protéger. Que leur importe que l'acte ait ou non date certaine! Il ne peut, dans aucun cas, porter atteinte à leurs droits : *nec nocet, nec prodest*.

Il faut donc chercher ailleurs le motif déterminant de l'article

1328 et reconnaître que, comme l'article 1321, il resterait sans objet s'il n'avait en vue les ayants cause. Ils constituent au premier chef la classe des intéressés que cet article a voulu protéger sous le nom de tiers ; car le danger précis, déterminé, auquel a voulu parer la loi, c'est sans aucun doute l'atteinte portée après coup, au moyen d'une antidate, à des droits précédemment concédés. Il suffirait d'ailleurs, pour prouver ce sens du mot tiers, de l'application que la loi elle-même a faite de ce principe dans l'article 1743. Que dit cet article ? qu'un bail, fait par acte sous seing privé, n'est pas opposable à l'acquéreur, alors même que sa date serait antérieure au titre d'acquisition, si ce bail n'a pas acquis date certaine. Voilà donc l'acquéreur rangé de la façon la plus explicite dans la classe de ceux qui peuvent se prévaloir de l'article 1328. Or comment contester que l'acquéreur ne soit l'ayant cause de son vendeur ?

Toutefois il faut bien remarquer que les ayants cause comprennent les ayants cause à titre universel et ceux à titre particulier. Il ne peut être question ici que d'ayants cause à titre particulier. L'exemple cité de l'article 1743 l'indique déjà, et cela est parfaitement démontré par le simple rapprochement des deux articles 1322 et 1328. Ces deux articles, contenant des règles opposées, ne pourraient s'appliquer aux mêmes personnes sans contradiction. Or les ayants cause à titre universel sont compris de la façon la plus certaine dans les termes de l'article 1322 ; donc, s'il faut voir dans les tiers de l'article 1328 des ayants cause, ce ne peut être que des ayants cause à titre particulier.

Mais de la nature même des ayants cause ressort une distinction tout à fait importante au point de vue qui nous occupe, car, à la différence du successeur à titre universel, le successeur particulier n'est pas l'ayant cause de son auteur pour toute la vie de cet auteur, il ne l'est que pour les actes antérieurs à la date de l'écrit sur lequel repose son droit. — « Soutenir, ajoute « M. Bonnier, que l'acheteur est l'ayant cause de son vendeur « pour les actes par lui consentis postérieurement à la vente....., « est un système qui se réfute assez de lui-même. »

C'est ce qui a fait dire à M. Demolombe que l'ayant cause était

« un personnage, en quelque sorte, à double face : ayant cause « pour le passé, tiers pour l'avenir [1] ».

On voit dès lors combien est importante la date d'un acte sous seing privé, puisque, suivant l'époque où elle sera fixée, la qualité de l'intéressé pourra se trouver modifiée d'une manière si profonde.

Faisons un pas de plus : cette date, que nous supposons incertaine, comment faudra-t-il la déterminer, en prenant quel point de départ, en s'appuyant sur quelles données? Nous touchons ici au fond même de la difficulté. Pour faciliter l'exposé de cette théorie, prenons une espèce, dont l'importance a beaucoup diminué depuis la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, mais qui est restée célèbre pour avoir servi de thèse aux luttes ardentes de Toullier et de ses contemporains : c'est celle de deux acquéreurs ayant successivement acheté le même immeuble du même propriétaire. L'un, Primus, a un acte du 1er mai 1882, sans date certaine ; l'autre, Secundus, a un acte du 1er juin suivant, mais avec date certaine ; quel est celui qui devra être préféré ?

Toullier prétend que c'est Primus, le premier en date, bien que sa date ne soit pas certaine. Pourquoi cela? Parce qu'il est un ayant cause. Mais c'est précisément ce qu'il s'agit de savoir. De telle sorte que c'est résoudre la question par la question. « Com- « ment pouvez-vous prouver, dit très bien M. Demolombe en « critiquant ce système, par une date incertaine, que je suis ayant « cause, quand ma qualité même d'ayant cause dépend de la « certitude de la date [2] ? »

La raison indique que les effets de la date ne doivent être qu'une conséquence ; que ce qu'il faut déterminer tout d'abord, c'est la qualité de l'intéressé, pour le ranger ensuite, suivant celle qu'on lui aura reconnue, sous l'article 1322 ou sous l'article 1328. Pour cette détermination, le criterium ne peut être qu'une définition, tirée des considérations qui précèdent sur le sens de la loi, son but, son utilité, et confirmée par les applications qu'elle-même en a faites. Voici celle qu'ont donnée MM. Aubry et Rau : « On doit, « dans cette matière, considérer comme tiers tous ceux qui

1. Demol., *Traité des oblig.*, t. VI, n° 526.
2. Demol., *loc. cit.*, n. 527.

« n'ont pas figuré dans l'acte sous seing privé dont il s'agit d'ap-
« précier la force probante, et qui se trouvent, soit en vertu de
« la loi, soit en vertu d'une convention passée ou d'une disposi-
« tion faite par l'une des parties signataires, investis, en leur pro-
« pre nom, de droits réels ou personnels, dont l'existence ou
« l'efficacité seraient compromises si la convention ou le fait juri-
« dique constaté par cet acte pouvait leur être opposé ».

« Au contraire, ajoutent les mêmes auteurs, on doit considérer
« comme représentants ou ayants cause des parties qui ont figuré
« dans l'acte, tous ceux qui, n'ayant à faire valoir aucun droit
« qui leur soit propre, n'élèvent de prétention que du chef de l'une
« des parties et comme lui ayant succédé à titre universel, ou
« comme exerçant ses droits et actions conformément à l'article
« 1166 [1]. »

Nous possédons désormais un principe sûr pour nous guider dans l'application des articles 1322 et 1328. Passons en revue les personnes auxquelles on peut opposer un acte sous seing privé et voyons celles envers lesquelles il a ou n'a pas date certaine.

1° Le signataire d'un acte, cela est évident, ne peut jamais invoquer l'article 1328 ; cet article, en effet, protège contre la faute d'autrui et non contre la sienne propre.

Il ne le peut pas, alors même qu'il se serait trouvé, postérieurement à la date de l'acte invoqué, dans un état d'incapacité. La jurisprudence a hésité sur cette question. Un arrêt de la Cour de Paris (10 mai 1810) pose en principe : « que les engagements « contractés par un interdit pour cause de prodigalité, sans date « certaine avant l'interdiction, sont nuls et de nul effet ». On se fondait sur ce motif que, s'il en était autrement, au moyen de l'antidate, l'interdit aurait la facilité de rendre son interdiction illusoire. Mais la Cour de Nancy (21 mai 1842) décida, en sens contraire, qu'aux termes de l'article 1322, la reconnaissance de sa signature par un interdit avait pour effet d'établir la preuve de la vérité de toutes les énonciations de l'acte, y compris celle de

1. Aubry et Rau, t. VIII, p. 248.

la date, à moins que l'acte ne fût attaqué lui-même pour cause de dol ou de fraude, et, dans ce cas, c'est à la partie qui allègue le dol ou la fraude à l'établir.

Cette doctrine nous semble la bonne, et nous trouvons dans l'article 1410 un puissant argument en sa faveur. Cet article décide que la femme commune pourra être poursuivie sur la nue-propriété de ses propres par ses créanciers munis d'un titre sous seing privé, alors même que ce titre n'aurait pas acquis date certaine avant le mariage. Donc, malgré son incapacité, la femme ne peut pas opposer le défaut de date certaine. Seulement il faut ajouter, en règle générale, que, toutes les fois que le souscripteur de l'acte croira avoir intérêt à dire cet acte postérieur à son incapacité, la preuve lui en sera toujours ouverte et pourra être administrée par tous les moyens, le fait à prouver présentant toujours, dans ce cas, un caractère frauduleux.

On peut encore se faire représenter dans un acte par mandataire, et il y a intérêt à savoir si le mandant peut être considéré comme tiers quant aux actes sous seing privé souscrits en son nom par le mandataire, et refuser ainsi de reconnaître l'acte qui n'aurait pas acquis date certaine avant la révocation du mandat. La jurisprudence est constante à décider que le mandant n'est pas tiers dans le sens de l'article 1328 et qu'il ne peut alléguer l'antidate qu'à la charge de la prouver. « Attendu, dit un arrêt « de la Cour de Bordeaux, que le mandataire est l'image du « mandant ; que, dans le cercle de ses pouvoirs, il peut faire tout « ce que pourrait faire le mandant lui-même ; que si le mandant « peut donner par sa signature une date certaine à son égard « aux actes sous seing privé qu'il souscrit, le mandataire qui le « représente a la même faculté ; qu'il est libre au mandant de « soutenir que les actes du mandataire ont été réellement passés « à une autre époque que celle qu'indique leur date apparente ; « mais que, demandeur dans cette exception, c'est à lui de l'éta- « blir sur des preuves positives ; que vainement on oppose les « inconvénients qui résultent pour le mandant de la difficulté « qu'on peut éprouver à établir la fraude ; que le mandat est de « sa volonté et le mandataire de son choix ; qu'il ne peut répu-

« dier les obligations qui dérivent d'un contrat dont il a recueilli « les avantages, etc. » (22 janvier 1827).

On a objecté que la loi n'entend par parties que ceux qui ont physiquement figuré dans l'acte, que les expressions *souscrire l'acte, avouer ou désavouer sa signature,* le prouvent (art. 1322, 1323, 1324). Il faut répondre que la loi entend par partie toute personne contre laquelle l'acte doit avoir son exécution directe et immédiate, ce qui est la position du mandant.

Quant à la certitude de la date par la mort, il faudrait que ce fût celle du mandataire, et non celle du mandant. Ajoutons que, de même que pour l'incapable, le mandant qui voudra prouver l'antidate, le pourra faire sans se conformer à l'article 1341 : il a été évidemment dans l'impossibilité de se procurer un commencement de preuve par écrit.

2° Ce n'est plus au souscripteur qu'est opposé l'acte sous seing privé, mais à ses héritiers ou successeurs universels ou à titre universel. Si la capacité de leur auteur n'a jamais varié, la question ne peut présenter aucun intérêt; peu importe l'époque à laquelle l'acte a été fait, la convention est obligatoire pour les héritiers ou successeurs. Mais, au cas contraire, on conçoit quelle importance il peut y avoir pour les héritiers, à savoir à quel moment précis de la vie de leur auteur la convention a été conclue. Malgré la gravité de cette situation, il est certain que l'article 1322 est toujours applicable.

Ainsi, les héritiers d'un crédi-rentier ne pourront, en vertu de l'article 1975, faire annuler le contrat de rente viagère passé sur la tête de leur auteur, parce qu'il n'aura pas acquis date certaine vingt jours au moins avant le décès de ce dernier. Cette décision, cependant, a été vivement contestée. L'article 1975, a-t-on dit, a pour but unique de protéger les héritiers du crédi-rentier, et cet avantage devient illusoire, si on leur applique le principe de l'article 1322 ; de plus, cette action en nullité, l'héritier ne la tient pas de son auteur; en l'intentant, c'est un droit propre et personnel qu'il exerce. Ces objections ne manquent pas de force, mais elles tombent devant l'impossibilité absolue de soustraire les héritiers à la disposition formelle de l'article 1322.

De même, une vente entre époux n'est valable qu'autant qu'elle

rentre dans un des cas de l'article 1595. Mais, si le conjoint survivant présente aux héritiers de son conjoint décédé un acte de vente portant une date apparente, non rendue certaine et antérieure à la célébration du mariage, ces héritiers ne seront pas admis à invoquer contre elle l'article 1328.

3° Enfin nous arrivons au cas où l'acte sous seing privé est opposé non plus au souscripteur lui-même ou à ses ayants cause à titre universel, mais à des tiers. C'est le moment de nous rappeler les règles plus haut exposées. Elles peuvent se ramener à deux points : il faut pour être un tiers, au sens de l'article 1328 : 1° agir en vertu d'un droit propre, indépendant, distinct de celui du signataire de l'acte ; 2° il faut que ce droit soit incompatible avec celui que cet acte a concédé.

En conséquence :

a) Vis-à-vis de son mari et en cas de remploi, la femme est un tiers, en tant qu'on lui oppose des droits consentis par son mari sur l'immeuble acquis en remploi. Il faudra donc que l'acte constatant ces droits ait acquis date certaine antérieurement à l'acceptation de la femme.

b) En cas de vente d'un bien loué, l'acquéreur, en présence d'un bail qui n'aurait pas date certaine avant l'aliénation, est un tiers et peut ne pas le respecter. C'est l'application de l'article 1528, faite par la loi elle-même dans l'article 1743.

Que décider lorsque c'est l'Etat lui-même qui se trouve tiers acquéreur ? On sait que la loi du 3 mai 1841 (art. 21 et 29) accorde, au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, une indemnité distincte au propriétaire et aux locataires ou fermiers. Ces derniers, pour profiter de cet avantage, sont-ils tenus de présenter un bail ayant date certaine antérieure à la déclaration d'utilité publique ? L'Etat l'a prétendu et, s'assimilant au tiers acquéreur de l'article 1743, a réclamé à son profit l'application de l'article 1328.

Cependant entre l'Etat expropriant et le tiers acquéreur il existe une différence essentielle : celui-ci ne dépouille pas, il succède, et la question ne se complique pas pour lui de responsabilité. Tout autre est la situation de l'Etat : il est tenu d'indemniser tous ceux qui souffrent dans leurs droits par le fait de l'expropriation.

Il est tenu d'indemniser, parce qu'en dépouillant il lèse et n'a pas droit dès lors à une garantie aussi efficace que l'acquéreur qui succède.

D'ailleurs l'application de l'article 1328 aboutirait ici à une véritable injustice. D'une part, l'article 21 de la loi de 1841 charge le propriétaire de faire connaître dans un certain délai à l'administration les fermiers et locataires qui tiendraient de lui des droits sur les immeubles à exproprier. D'autre part, l'article 29 de la même loi donne au jury le droit d'indemniser les fermiers et locataires dont parle l'article 21, c'est-à-dire tous les preneurs envers lesquels le propriétaire est responsable de la privation de jouissance.

Il faut déjà remarquer que, dans les deux cas, il n'est pas question de savoir si les baux ont ou non acquis date certaine. Allons plus loin. Si le propriétaire oublie de faire la déclaration prescrite par l'art. 21, il reste seul et personnellement chargé vis-à-vis des fermiers. Mais supposez un propriétaire qui a obéi à la loi. Son locataire, dont le bail n'a pas date certaine, s'adresse à lui pour se faire indemniser. Le propriétaire lui répond, avec toute raison : « Je ne suis plus responsable ». Alors le locataire se retourne contre l'administration. D'après le système que nous combattons, celle-ci aurait le droit de lui répondre : « Je suis un tiers, et « comme vous ne me présentez pas un titre ayant acquis date « certaine, je ne suis pas obligé envers vous ».

Ainsi ce preneur qui avait contre son bailleur un acte sincère et efficace s'est vu privé de ce recours ; de plus, il souffre un dommage considérable qui va jusqu'à l'abolition entière de ses droits, par le fait d'un tiers, et ce tiers ne lui devrait aucune réparation ? Quelle injustice ! La vérité, c'est que, par l'effet des diverses dispositions que nous avons citées, l'administration est *mise au lieu et place du propriétaire* et tenue de son obligation de garantie, aussi étendue qu'elle soit. Le droit de recours qu'on enlève au locataire dépouillé est remplacé par son droit à l'indemnité : il faut lui accorder l'un ou lui laisser l'autre.

Mais, dira-t-on, cette solution, juste si le bail est sincère, ouvre les portes toutes grandes à la fraude. Cela est vrai. Mais nous pensons que l'Etat a une garantie suffisante dans l'art. 48, qui

donne au jury le pouvoir d'apprécier la sincérité des titres qui lui sont présentés.

La question n'a pas laissé que d'être fort débattue en jurisprudence. Mais la Cour de cassation, après avoir exigé la date certaine, est revenue à la doctrine que nous venons d'exposer (17 avril 1861).

c) Arrivons à ce qui concerne les créanciers du souscripteur d'un acte sous seing privé. Deux systèmes sont en présence :

Dans l'un, on distingue entre la saisie-arrêt et la saisie-exécution. Le créancier saisissant, dit-on, est un ayant cause du débiteur, puisqu'il fait ce que ce débiteur ferait et le remplace : il exerce ses droits. En conséquence, le tiers saisi pourra lui opposer des quittances sans date certaine antérieure à la saisie ; sauf, bien entendu, le droit pour le créancier de prouver l'antidate par tous les moyens. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une saisie immobilière, le créancier saisissant n'est plus un ayant cause : c'est un tiers qui agit en vertu d'un droit qu'il tient de la loi et qui lui est propre. Aussi l'article 684, C. pr., décide que : « les baux qui n'auront « pas acquis date certaine avant le commandement pourront être « annulés, si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent ».

Cette distinction nous paraît inexacte en théorie. Le créancier pratiquant une saisie-arrêt n'est point un ayant cause, il est un tiers, de la même façon que celui qui a formé une saisie-exécution. Il est bien ayant cause, si l'on veut, jusqu'au moment de la saisie, mais : « à partir du moment où elle a été pratiquée, il « devient évidemment un tiers, puisqu'il acquiert, par le fait « même de la saisie, un droit propre et personnel, qu'il est auto- « risé à défendre contre tout acte de nature à y porter atteinte ». (Aubry et Rau, § 756, note 122.) Donc, à la rigueur et en théorie pure, nous croyons que le créancier pratiquant une saisie-arrêt aurait le droit d'invoquer le bénéfice de l'article 1328.

Cependant nous devons reconnaître qu'en fait, c'est la solution contraire qui est constamment suivie, et il y a pour cela de sérieuses raisons. L'usage très général de se contenter de quittances non enregistrées et la présomption de bonne foi qui s'y attache, surtout lorsque les quittances sont immédiatement produites, nous paraissent de nature à justifier cette exception, fondée, non pas,

sans doute, « sur des raisons rigoureuses de droit, mais sur des raisons d'utilité pratique ». (Demolombe, n° 551.)

Si les créanciers agissaient comme exerçant les droits du souscripteur lui-même, ils ne seraient plus évidemment que ses ayants cause. C'est ce qui aurait lieu même au cas de faillite, et il faut décider que les actes sous seing privé souscrits par le failli sont opposables à ses créanciers, bien qu'ils ne portent pas date certaine avant la faillite.

Mais, dès qu'ils viennent à invoquer un droit propre, distinct de celui de leur débiteur, ils redeviennent des tiers, soit à l'égard de ce débiteur, soit à l'égard les uns des autres. Ainsi les créanciers hypothécaires ne sont pas tenus de respecter l'acte sous seing privé qu'on leur oppose, s'il n'a point acquis date certaine avant la constitution de leur hypothèque.

Terminons ces différentes applications par une remarque générale : c'est que ceux contre qui un acte sous seing privé fait foi de sa date, n'en conservaient pas moins contre cet acte la ressource suprême de l'inscription de faux.

APPENDICE

DE LA CONTRE-LETTRE

Il arrive quelquefois que les parties, en prenant ostensiblement des engagements, n'ont pas l'intention de faire un acte sérieux et entendent au contraire, au moment même qu'elles les forment, les revoquer secrètement. Cet acte secret, modifiant l'acte ostensible, porte le nom de contre-lettre. Le Code a placé cette matière à la fin du titre des actes authentiques, parce qu'en général, c'est à un acte de cette nature que la contre-lettre vient déroger. Mais elle peut aussi bien modifier un acte sous seing privé, et c'est pour cette raison que nous l'avons renvoyée à la fin de notre étude.

La contre-lettre peut également revêtir l'une ou l'autre forme et se faire par acte authentique ou par acte sous seing privé. C'est, d'après M. Demolombe, « un acte secret, qui annule ou modifie, « en tout ou en partie, un autre acte ostensible, lequel est, par « cela même, un acte simulé ».

Cette idée de simulation est indispensable, et l'on ne saurait considérer comme contre-lettre des dispositions simplement modificatives de conventions précédemment arrêtées, cette multitude de conventions secondaires qui expliquent, restreignent ou complètent les conventions primitives.

Il en était autrement dans l'ancien droit. Les documents puisés dans les anciens écrits prouvent que par contre-lettre on entendait autrefois non seulement l'acte destiné à en modifier un autre non sérieux, mais également tout acte dérogeant à un autre acte et servant à l'expliquer, l'étendre ou le restreindre. C'est ainsi

que Domat qualifie de contre-lettre la convention par laquelle un acheteur déclare faire remise après coup à son vendeur de l'obligation de garantie. Le sens très large attribué alors à ce mot explique pourquoi l'ancien droit ne fournit aucune loi réglementant ce sujet d'une manière complète et spéciale : il suffisait, suivant la nature de chaque acte, de renvoyer aux règles qui lui étaient propres. Il en serait de même aujourd'hui, si le sens restreint et l'idée de simulation attachée au mot contre-lettre n'avaient obligé le législateur à intervenir pour protéger les tiers contre un acte qui pouvait leur préjudicier de tant de façons.

Ce n'est pas d'aujourd'hui que s'est attaché à la contre-lettre un certain caractère de déloyauté. Pline le Jeune s'en défendait comme d'un acte, permis par la loi, mais peu digne d'un homme d'honneur. Ferrières nous les représente « comme un détour « concerté par les parties pour retirer d'une main ce que l'on « abandonne de l'autre, ou pour mettre à couvert ce qu'on ap« préhende de faire connaître au public ; en un mot, c'est une « précaution qui rend souvent suspecte la foi de ceux qui en usent ». Cependant il faut reconnaître que l'usage de la contre-lettre peut être fort légitime, et M. Bonnier cite à ce sujet le cas d'un père qui voudrait avantager un de ses enfants, sans dépasser la quotité disponible, mais en dissimulant sa libéralité, pour éviter les querelles que ferait naître, de la part des intéressés, la connaissance de cet avantage.

Mais, en réalité, ces cas sont rares, et c'est le plus souvent Ferrières qui a raison.

Néanmoins, ce n'est pas tant contre les particuliers que sont dirigées les contre-lettres : celui qui a le plus à s'en plaindre, c'est le fisc. Pour éviter les droits ou tout au moins les restreindre, on dissimule telle clause dans un acte, ou on abaisse notablement le prix ; puis, comme on entend bien, malgré tout, exécuter la convention selon sa teneur véritable, et que le créancier ne consentirait pas à se laisser ainsi désarmer, on rétablit l'équilibre au moyen d'une contre-lettre.

Cela explique le caractère fiscal de presque toutes les mesures se rapportant à cette matière.

Dans l'ancien droit, Merlin nous rapporte que les contre-lettres étaient nulles et prohibées :

1° Dans l'acquisition des offices de procureur, notaire et autres semblables (arrêts de règlement, 7 décembre 1691 et 8 août 1714) ;

2° Dans les négociations et affaires de ceux qui sont comptables envers le roi (Déclaration du 16 mai 1532) ;

3° Dans les contrats de fondation et de dotation de monastères et communautés ;

4° Dans les devis et marchés pour bâtir (Sent. régl. du Châtelet, 3 décembre 1690).

Presque tout se bornait d'ailleurs, dans l'ancien droit, en matière de contre-lettres, à quelques mesures prohibitives.

C'est dans la législation intermédiaire et dans des lois d'un caractère fiscal encore bien plus nettement tranché, que l'on trouve l'origine de l'article 1321.

La première de ces lois est celle du 19 décembre 1790. Elle est relative aux droits d'enregistrement des actes civils, judiciaires et des titres de propriété. La section VIII, sous la rubrique : *Actes sujets au droit de trois livres pour cent livres*, porte : « A « l'égard des contre-lettres qui seront passées, soit sur des baux, « soit sur d'autres lettres ou contrats, les droits en seront perçus « à raison des effets qui en résultent, savoir : sur le pied de la « IV^e^ section des actes simples (1 l. p. 100 l.), lorsqu'il s'agira de « réduire ou de modifier les conventions stipulées par des actes « antérieurs qui ont été enregistrés; et à raison du triple des « droits fixés par le présent tarif, sur toutes les sommes ou va- « leurs que la contre-lettre ajoutera aux conventions antérieure- « ment arrêtées par les actes en forme ».

La seconde est du 30 septembre 1797. L'article 32 est ainsi conçu : « A compter de la publication de la présente loi, toute « contre-lettre qui sera faite sous signature privée , de laquelle « il résulterait une augmentation du prix stipulé dans d'autres « actes ou contrats, est déclarée nulle et de nul effet ; néanmoins « il y aura lieu d'exiger, à titre d'amende, les droits simples sur « les sommes qui feraient l'objet des dites contre-lettres. Il

« n'est rien innové pour celles faites antérieurement à la publi-
« cation de la présente. »

La troisième est l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII :
« Toute contre-lettre faite sous signature privée qui aurait pour
« objet une augmentation du prix stipulé dans un acte public,
« ou dans un acte sous signature privée, précédemment enregis-
« tré, est déclarée nulle et de nul effet; néanmoins, lorsque l'exis-
« tence en sera constatée, il y aura lieu d'exiger, à titre d'a-
« mende, une somme triple du droit qui aurait eu lieu sur les
« sommes et valeurs ainsi stipulées ».

Enfin le législateur, préoccupé du préjudice que peut causer aux personnes étrangères à leur rédaction l'apport de contre-lettres, destructives des dispositions d'actes publics et connus, a édicté l'article 1321 : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur
« effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet
« contre les tiers ».

Merlin s'est posé la question de savoir si l'article 1328 modifiait l'article 1321, de telle sorte qu'une contre-lettre ayant date certaine, ou (la question est la même) passée par acte authentique, pût être opposée aux tiers ? Il adoptait l'affirmative. Mais c'est l'opinion contraire qu'on doit, suivant nous, adopter. La disposition de l'article 1321 est générale, exclusive de toute modification, et, dans toutes les hypothèses, les contre-lettres ne peuvent avoir effet contre les tiers. Sans cette règle fixe, en effet, il serait impossible de ne pas tomber dans les plus graves inconvénients ; à quoi bon l'article 1321, si la contre-lettre doit être régie par le droit commun, si elle peut être opposable aux tiers et faire foi contre eux, soit au moyen de l'authenticité, soit par un des cas prévus par l'article 1328? Ce qui a fait illusion à Merlin, c'est sans doute la validité qui paraît avoir été attribuée autrefois à la contre-lettre notariée.

Cette difficulté écartée, voyons de quoi se compose l'art. 1321. Il renferme deux dispositions distinctes : d'un côté, il déclare que la contre-lettre n'est pas opposable aux tiers ; de l'autre, il proclame son effet entre les parties.

Que faut-il entendre ici par tiers ?

M. Toullier a exclu de cette dénomination non seulement les

successeurs universels ou à titre universel, mais le successeur à titre singulier, comme l'acquéreur, le donataire. Comme nous l'avons vu à propos de l'explication de l'article 1322, il a considéré les mots de tiers et d'ayants cause comme ayant, dans notre droit, un sens déterminé et inflexible. C'est une erreur profonde.

Voici à ce sujet l'opinion de M. Dalloz : « Ce serait, dit-il, « ouvrir la porte à toutes les fraudes ; ce serait renverser com- « plètement les précautions que le législateur a jugées néces- « saires pour la sûreté des conventions, que d'admettre qu'un « acquéreur ou un donataire, muni d'un acte authentique, puisse « être évincé de sa propriété par un individu qui se présenterait « avec un acte sous seing privé de date antérieure, dont une « collusion facile avec l'ancien propriétaire l'aurait investi ».

Comme le dit encore Marcadé, il faut donner ici au mot tiers une signification autre que dans les articles 1105, 1319 et 1320, où l'on décide que les actes ne peuvent pas avoir d'effet contre les tiers. « Il ne s'agit alors que de ceux qui sont complètement « étrangers à l'acte et aux parties, qui ne se trouvent en rien les « ayants cause de celles-ci. Ici, au contraire, c'est précisément « pour les ayants cause que notre règle est portée ; c'est préci- « sément les ayants cause qui sont désignés par le nom de tiers, « car eux seuls ont besoin d'être protégés contre l'effet des « contre-lettres. »

On considère, par suite, comme tiers, le cessionnaire, le créancier hypothécaire, et même le créancier chirographaire, car il est exposé au même préjudice, et ne doit pas plus que les autres souffrir de la simulation. Comme le dit M. Bonnier : « Il s'agit « d'un acte ostensible qui était de nature à induire en erreur les « créanciers chirographaires, aussi bien que les autres ayants « cause à titre particulier. Or le vendeur a participé à la réti- « cence dont il veut aujourd'hui se prévaloir. C'est son propre « fait qui a donné naissance aux droits qu'il prétend aujourd'hui « détruire. Si les créanciers sont représentés par leur débiteur, « ce n'est pas lorsqu'il s'agit précisément de conventions qui, « tendant à leur soustraire une partie du patrimoine de ce dé- « biteur, sont suspectes de fraude à leur égard ».

En résumé, il faut entendre par tiers, non seulement les *penitus*

extranei, mais encore tous les ayants cause à titre particulier, sans exception, n'excluant de cette dénomination de tiers que les ayants cause à titre universel, les successeurs généraux à la personne, héritiers ou successeurs irréguliers, légataires universels ou à titre universel.

Il ne faudrait pas croire, cependant, que les contre-lettres soient, à l'égard des ayants cause dont nous venons de constater les droits, des actes complètement étrangers, comme le sont les conventions des parties à l'égard des *penitus extranei*, auxquels elles ne peuvent ni nuire ni profiter (art. 1165). En principe, les contre-lettres ayant effet vis-à-vis des parties contractantes, peuvent en avoir vis-à-vis de leurs ayants cause. Pour suspendre cet effet et leur permettre de faire réputer ces actes non avenus en ce qui touche leurs intérêts, il a fallu une dérogation, c'est-à-dire une de ces dispositions qu'on n'a pas le droit d'étendre par analogie, et il n'y a pas lieu à rétorquer contre eux cette faculté qui n'est introduite qu'en leur faveur. C'est seulement *contre* les tiers que les contre-lettres n'ont point d'effet. Si, au lieu de les combattre, ils les invoquent, si ce sont, par exemple, les créanciers du vendeur qui exigent de l'acheteur un supplément de prix, porté dans un acte secret, celui-ci ne peut refuser le paiement. De même, la régie est fondée à s'emparer d'une contre-lettre qui déclare qu'une vente antérieure n'est pas sérieuse, pour exiger sur la contre-lettre même un droit proportionnel de rétrocession.

Toutefois, dans l'exemple que nous avons choisi de créanciers du vendeur actionnant l'acquéreur pour obtenir le paiement du supplément de prix porté dans la contre-lettre, notre solution ne serait vraie qu'autant que les créanciers agiraient contre l'acquéreur en personne ou contre ses successeurs universels. Le résultat serait différent, on le comprend, s'ils agissaient contre ses propres créanciers ou contre des tiers acquéreurs ; car ces derniers auraient le droit incontestable d'invoquer l'article 1321.

L'article 1321, nous l'avons vu, proclame l'efficacité de la contre-lettre entre les parties contractantes. Cette disposition se trouve en contradiction formelle avec l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII que nous avons cité plus haut. Cet article déclare nulle et de nul effet toute contre-lettre faite sous si-

gnature privée et qui aurait pour objet une augmentation du prix précédemment stipulé.

Laquelle de ces deux dispositions doit l'emporter ?

Remarquons d'abord qu'au cas où la loi de frimaire aurait effet, elle ne frappe de nullité que les contre-lettres sous seing privé. Les actes notariés étant soumis à l'enregistrement dans un délai déterminé, il n'y a pas de fraude possible aux droits du fisc, si la contre-lettre est notariée. Remarquons en second lieu que cette loi n'annule que les contre-lettres qui ont pour objet une augmentation du prix.

Mais enfin, si l'on se trouve dans l'un des cas prévus, la nullité devra-t-elle être appliquée par les tribunaux ? Supposons, par exemple, un acte authentique portant qu'un immeuble a été vendu moyennant cinquante mille francs, et une contre-lettre portant que la vente a réellement eu lieu pour soixante-dix mille francs. Si l'acquéreur est de mauvaise foi et que le vendeur produise contre lui sa contre-lettre, lui refusera-t-on le droit de réclamer les vingt mille francs formant la différence entre les deux prix, par application de l'article 40 de la loi du 22 frimaire?

Plusieurs arrêts de cassation ont d'abord jugé dans ce sens et ont prononce la nullité absolue, opposable aux parties elles-mêmes par elles-mêmes. Merlin a de même enseigné que cet article, appartenant à une législation spéciale, n'était pas abrogé par l'article 1321.

Mais cette argumentation perd toute sa valeur, si l'on se reporte à la discussion de l'article 1321. M. Duchâtel, directeur général de l'enregistrement, demanda, dans la séance du 2 brumaire an VII, qu'on proscrivît l'usage des contre-lettres ; mais il fut le seul de son avis. « Les contre-lettres, dit Berlier, ont souvent « lieu pour éluder ou affaiblir les droits dus au trésor public ; « mais c'est par des amendes et non par la peine de nullité que « cette espèce de fraude doit être atteinte et punie : dans au- « cun cas, le législateur ne peut mettre sa volonté à la place de « celle des parties pour augmenter ou diminuer les obligations « respectives qu'elles se sont imposées. » Le consul Cambacérès rappela alors, en le critiquant, l'article 40 de la loi de frimaire, et Tronchet dit : « Il faut distinguer : une contre-lettre doit

« être valable entre les parties et nulle contre les tiers ; or la « régie de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte ». La rédaction qui fut faite ensuite par la section de législation n'a été évidemment que la reproduction de cette doctrine de Tronchet. Quant à l'argument tiré de la spécialité de la loi par Merlin, il est facile de le réfuter. Il y a dans cette loi un empiétement sur le droit commun, elle statue sur un sujet qui ne la concerne pas. Son véritable objet, c'est la disposition finale de l'article 40, prononçant une amende triple du droit qui aurait été perçu sur les valeurs dissimulées. « Que l'on aggrave encore « cette amende, si cela est nécessaire, dit M. Bonnier, mais que « l'on ne touche pas à la validité intrinsèque des conventions. » La Cour de cassation a, du reste, fini par se prononcer dans ce sens, et la jurisprudence semble s'être ralliée tout entière à cette doctrine.

Il n'est pas sans intérêt de se demander, à la fin de cette étude, quel est le sort des actes, authentiques ou sous seing privé, au point de vue du droit international.

La règle qui domine cette matière peut se résumer dans la maxime connue : *Locus regit actum.* Cette maxime était déjà admise au XVI^e^ siècle, et Merlin l'explique ainsi : « Tout dépend (en matière de preuve) de l'opinion que chaque législateur a eue de ses sujets et, par conséquent, les lois relatives à la forme probante des actes sont fondées sur des raisons purement locales et particulières à chaque territoire. Il n'y a donc que la loi du lieu où un acte a été passé qui puisse en attester la vérité ; celles du domicile des parties ou de la situation des biens n'ont pas ce pouvoir, parce que les raisons qui ont déterminé leurs dispositions sont toutes différentes de celles qui ont dicté les formalités prescrites dans le lieu du contrat [1]. »

Appliquée aux actes authentiques, cette maxime entraîne la conséquence suivante : c'est que l'acte authentique, revêtu des formes prescrites par la loi du pays où il a été passé, fera foi, en

1. Merlin, *Rép.*, v° Preuve.

France, jusqu'à inscription de faux, bien qu'il ne soit pas conforme aux règles de notre Code sur l'authenticité (C. cass., 6 février 1843 — 3 juillet 1854.)

Toutefois, si cela est vrai de la foi probante, il n'en est pas de même de la force exécutoire, qui en est très distincte, ainsi que nous l'avons vu plus haut. On comprend que, si l'officier public étranger peut témoigner de la sincérité de l'acte passé devant lui aussi bien que l'officier public français, il ne saurait plus avoir aucune qualité, dès qu'il s'agit de donner des ordres, en France, à la force publique.

Quant aux actes sous seing privé, la question fait plus de doute, la partie pouvant agir elle-même et indépendamment de tout intermédiaire, et l'art. 999 C. civ., en effet, pose une exception à la règle que nous venons de citer. Cet article permet au Français qui veut tester en pays étranger, de le faire dans la forme olographe reçue chez nous, quelles que soient, sur ce point, les lois du pays où il se trouve. Mais c'est là une pure disposition de faveur, qui laisse entière, pour tous les autres cas, la maxime *locus regit actum*. Toute autre théorie vient se briser, dans la pratique, à des difficultés insurmontables.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. — Il n'est pas exact de dire que tout contrat comporte une *causa civilis*.

II. — La liste des contrats ne s'est formée que successivement.

III. — Les inscriptions portées sur le *codex* ne se restreignaient pas aux *nomina transcriptitia* et *arcaria*, mais on y portait tout ce qui regardait la gestion du patrimoine.

IV. — L'expression *nomen transcriptitium* tire uniquement son origine de ce que le contrat *litteris* supposait dans tous les cas une double inscription : un *acceptum* et un *expensum*.

V. — Il suffit, pour qu'il y ait contrat, que l'inscription soit faite sur le *codex* du créancier.

VI. — Le contrat *litteris* ne constitue pas un mode de novation.

VII. — Au temps de Gaïus, les *syngraphæ* et les *chirographa* ne constituaient pas un contrat *litteris sui generis* à l'usage des pérégrins.

VIII. — Dans le droit de Justinien il n'y a plus de contrat *litteris*. Ce que dit ce prince au titre 21 du livre III des Institutes est le résultat d'une erreur.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. — Les actes faits par un notaire suspendu, destitué ou remplacé, après la notification de la suspension, de la destitution ou du remplacement, sont nuls comme actes authentiques.

II. — Les simples énonciations contenues dans un acte authentique ne sauraient former titre à l'égard des tiers, quelque ancien que soit l'acte.

III. — Pour que l'acte, nul comme acte authentique, vaille, aux termes de l'art. 1318, comme acte sous seing privé, il ne faut pas exiger qu'il porte la signature de toutes les parties. Ainsi, si le contrat était unilatéral, la signature de la seule partie qui s'oblige suffirait.

IV. — Il n'y a pas, au point de vue de l'application de l'article 1318, à distinguer si l'acte nul comme authentique est rédigé en minute ou en brevet.

V. — La preuve que celui qui a reçu un blanc-seing en a abusé, est soumise aux règles du droit commun.

VI. — Les femmes des laboureurs, vignerons, etc., jouissent, comme leur mari, du bénéfice de l'article 1326.

VII. — La mention sur un acte sous seing privé, constatant « qu'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées », sans indication du nombre, est insuffisante.

VIII. — La nullité pour inobservation des formes de l'acte sous seing privé n'empêche pas le contrat constaté par cet acte de valoir. On peut prouver l'existence de ce contrat par les autres moyens de preuve du droit commun.

IX. — L'acte nul pourrait même servir de commencement de preuve par écrit rendant recevable la preuve par témoins, s'il remplissait les conditions de l'art. 1347.

X. — De deux acquéreurs auxquels le même individu aura vendu successivement le même immeuble, si le second a un titre ayant date certaine, le premier ne pourra se prévaloir de l'antériorité du sien que s'il a lui-même date certaine, sauf les cas d'application de la loi du 23 mars 1855.

XI. — La contre-lettre faite dans le but de frauder l'enregistrement peut donner lieu à une amende, mais elle reste parfaitement valable.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. — Les contrats passés dans la forme administrative n'emportent pas hypothèque légale.

II. — Le locataire d'un immeuble, exproprié en vertu de la loi du 3 mai 1841, peut se prévaloir de son bail, alors même qu'il n'aurait pas date certaine à l'encontre de l'expropriant.

PROCÉDURE CIVILE.

I. — Le débiteur tenu en vertu d'un titre authentique autre qu'un jugement peut obtenir des délais de grâce.

II. — La procédure en faux civil peut être principale.

DROIT COMMERCIAL.

I. — La règle de l'article 1325, qui astreint les actes constatant des contrats synallagmatiques à la formalité des doubles, n'est pas applicable en matière commerciale.

II. — L'art. 1328, relatif à la date certaine, est également inapplicable en matière commerciale.

DROIT CRIMINEL.

I. — Les aveux et déclarations des prévenus, mentionnés par le procès-verbal dont parle l'art. 176 du Code forestier, doivent entrer dans les faits matériels qui ne peuvent être combattus que par l'inscription de faux.

II. — Le procès-verbal dressé par le greffier d'un crime ou délit commis à l'audience ne fait foi que jusqu'à preuve contraire.

III. — Devant la Cour d'assises, c'est au jury, et non aux magistrats, qu'il appartient de connaître de l'authenticité des actes produits.

Vu par le Président de l'acte public,
NORMAND.

Vu par le Doyen :
LÉOPOLD THÉZARD.

Permis d'imprimer :
Poitiers, le 24 novembre 1882,
Le Recteur,
A. CHAIGNET.

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatives à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions purement juridiques dont la responsabilité est laissée aux candidats.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur toutes les matières de l'enseignement.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE. — Droit romain.

INTRODUCTION.

Idée générale de la théorie des contrats en droit romain. . . 1
Place du contrat *litteris* dans cette théorie. 11

CHAPITRE I. — DU CONTRAT *litteris* DANS LE DROIT DE GAÏUS.

A. Forme du contrat *litteris*. — *nomina transcriptitia, codices.* 13
B. Effets du contrat *litteris*. 24
C. Utilité et application de ce contrat. 30
D. Du caractère des *syngraphæ* et des *chirographa* au temps de Gaïus. 33

CHAPITRE II. — DU CONTRAT *litteris* DANS LE DROIT DE JUSTINIEN.

Désuétude des *nomina transcriptitia*. 39
Les *chirographa* ne les ont pas remplacés. 41
Du cas cité par Justinien et de l'exception *non numeratæ pecuniæ*. 42

DEUXIÈME PARTIE. — Droit français.

PRÉLIMINAIRES.

Le contrat *litteris* a disparu. Caractère général de l'écriture désormais. 47
Coup d'œil général sur le sort de la preuve littérale en France 48
Division. 52

CHAPITRE I. — De l'acte authentique.

Section I. — De l'authenticité et du notariat. . . . . .
§ I. Authenticité. 53
§ II. — Notariat. 55

Section II. — De la forme constitutive des actes authentiques.
§ I. — Capacité et compétence de l'officier rédacteur. . . . 60
§ II. — Solennités exigées par la loi. . . . . .
1° Solennités relatives aux personnes qui doivent recevoir l'acte. 64
Du notaire en second. 65
Des témoins instrumentaires. 66
De la présence effective du notaire en 2d et des témoins. 68
2° Solennités relatives à la rédaction même de l'acte. 73
A. Enonciations exigées à peine de nullité. 74
B. Forme matérielle de l'acte. 78
C. Obligations du notaire, une fois l'acte achevé. 80
D. Formalités relatives à l'exécution de l'acte. 81

Section III. — De la force probante des actes authentiques. .
Que prouve l'acte authentique? — De la règle *acta probant seipsa*. 84
Contre qui prouve l'acte authentique ? — De la foi probante et de la force exécutoire. . . . 88
Des énonciations et de leur caractère. . . . 91

Section IV. — De la valeur de l'acte nul comme authentique.
Principe et conditions. 97
L'acte n'a pas besoin, dans ce cas, d'être conforme aux règles des actes sous seing privé. 102

CHAPITRE II. — De l'acte sous seing privé.

section I. — De la forme des actes sous seing privé. . . . 106
§ I. De la signature. 107
De blancs-seings. 110
§ II. De la formalité du bon ou approuvé. 113
§ III. De la formalité des doubles. 125

SECTION II. — De la force probante des actes sous seing privé.
Principe général. 135
Règles particulières relatives à la date. . . . 138
Distinction entre les ayants cause et les tiers. 140
Applications. 144

APPENDICE. — DE LA CONTRE-LETTRE.

Définition et caractères 151
Sens du mot tiers en matière de contre-lettres. 154
Positions. 160